

انتشارات دانشگاه تهران
۱۵۴۹
چاپ چهل و سوم

مبانی استنباط حقوق اسلامی

اصول فقه

تالیف
دکتر ابوالحسن محمدی

مبانی استنباط

حقوق اسلامی

یا

اصول فقه

تألیف:
دکتر ابوالحسن محمّدی
استاد دانشگاه تهران



انتشارات دانشگاه تهران

شماره ۱۵٤۹

شماره مسلسل ٦۹۷۰

محمدی، ابوالحسن ، ۱۳۱۱-
مبانی استنباط حقوق اسلامی ، یا، اصول فقه / تالیف ابوالحسن محمدی.___ . [ویرایش٥ ؟].
___تهران: دانشگاه تهران، مؤسسه انتشارات ، ۱۳۸٦.
بیست و پنج ، ۳۸۱ ص. ___(انتشارات دانشگاه تهران؛ شماره ۱٥٤۹)
چاپ چهل و سوم. ISBN 978-964-03-5570-1
فهرستنویسی براساس اطلاعات فیپا.
کتابنامه: ص [۳۷۱]- ۳۷۹ ؛ همچنین به صورت زیرنویس.
۱. اصول فقه . ۲. اصول فقه. دانشگاه تهران. مؤسسه انتشارات.
۲ م ۳ م / ۱٥٥ BP ۲۹۷ / ۳۱ ۱۳۹۰
شماره کتابشناسی ملی ۱۰٦۸۸٦۲

عنوان: مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه
تألیف: دکتر ابوالحسن محمدی
نوبت چاپ: چهل و سوم
تاریخ انتشار: ۱۳۹۰
شمارگان: ٥۰۰۰ نسخه
ناشر: مؤسسهٔ انتشارات دانشگاه تهران
چاپ و صحافی: مؤسسهٔ انتشارات دانشگاه تهران
شابک ۱-۵۵۷۰-۰۳-۹٦٤- ۹۷۸ ISBN 978-964-03-5570-1

بها: ۸٥۰۰۰ ریال

خیابان کارگر شمالی – خیابان شهید فرشی مقدم – مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران
پست الکترونیک: press @ ut. ac. ir – سایت: www. press. ut. ac. ir
پخش و فروش: تلفکس ۸۸۰۱۲۰۷۸

بسم اللّه الرّحمن الرّحیم

فهرست مطالب

شمارهٔ مطلب | شمارهٔ صفحه

به نام خدا

مقدمهٔ چاپ بیست و نهم

از دیرباز مایل بودم در این کتاب تجدیدنظر کنم ولی موفق نمی‌شدم. اکنون که این توفیق نصیبم شده نخست خدای بزرگ را شکرگزارم، سپس از محبت و توجه دوستان ارجمند - استادان و مدرسان محترم این درس - سپاسگزارم که این کتاب را برای تدریس برگزیده‌اند، چه، باید به این واقعیت اذعان کنم که توجه و گزینش این عزیزان لزوم تجدیدنظر در آن‌را دوچندان کرده است.

همیشه مایل بوده و هستم که مدرسان ارجمند این درس و دانشجویان عزیزی که این کتاب جزو برنامهٔ درسی آنان قرار گرفته نظرات انتقادی خود را منتقل کرده و یا اگر اشتباهی در آن وجود دارد یادآوری کنند. تنی چند این محبت را نشان داده و یادداشت‌هایی برای من فرستاده‌اند و من در تصحیح و تجدیدنظرهای پیشین آنها را به کار بسته‌ام. اینک بار دیگر همان خواهش را تکرار می‌کنم که انتقادها، نظرها و پیشنهادهای خود را به نشانی زیر برای این جانب بفرستند تا با به کارگیری آنها متن بهتری در دسترس دانشجویان گرامی قرار گیرد.

در این تجدیدنظر، مانند پیشتر، کوشیده‌ام که طرح اولی کتاب تغییر نکند و تنها اشتباهات رفع، مآخذ بازنگری و شیوهٔ نگارش بهتر شود. در برخی موارد مطالبی لازم افزوده و یا نکاتی زائد حذف شده است. همچون گذشته تلاش و کوشش بر این بوده که مطالب دشوار اصول فقه به بیانی آسان‌تر و روان عرضه شود. باشد که فهم این اصول در استنباط فقه و حقوق و در استدلال برای تفهیم و اثبات مقاصد آنان سودمند واقع شود.

با امید موفقیت مدرسان محترم و دانشجویان ارجمند.

ابوالحسن محمدی

تیرماه ۱۳۸۶

Press @ ut.ac.ir

به نام خدا

مقدمهٔ چاپ هجدهم

طبیعی است که هر وقت نویسنده‌ای نوشتهٔ خود را بار دیگر بخواند بخواهد در آن تغییری دهد: چیزی را کم یا زیاد کند و یا تمام آن را عوض نماید. ولی رعایت برنامهٔ درسی، محدودیت ساعت تدریس و در نظر گرفتن پایهٔ معلومات دانشجویان این درس جلوی این خواست طبیعی را گرفته است. با این حال تدریس چند بارهٔ آن تغییراتی را باعث گردیده است: برخی اشتباهات اصلاح شده، در جاهایی مطالبی افزوده شده، در جاهایی مثال‌هایی برای بیشتر روشن کردن مطالب اضافه شده و در برخی جاها عباراتی که زائد به نظر رسیده حذف شده است. برخی مطالب که در زیرنویس آمده جزو برنامهٔ درسی نیست مگر اینکه استادان محترم لازم بدانند که بعض آنها را جزو برنامه قرار دهند.

در تمام این تجدیدنظرها و اصلاحات همواره نظر بر این بوده که درک مطالب کتاب برای دانشجویان حقوق دورهٔ کارشناسی، که این کتاب برای آنها نوشته شده، آسان‌تر شود و کاربرد آن در کمک به استدلال برای مباحث حقوقی ممکن‌تر گردد. با این حال یک نکته را با این عزیزان مطرح می‌کنم: اگر مطالب کتاب را دشوار یافتید برای آسان کردن آن با دوستان روش مباحثه را در پیش گیرید و اگر به آسانی بر آن مطالب دست یافتید به همین اندازه اکتفا نکنید؛ که، خواندن یک کتاب برای فهمیدن اصول فقه بسیار کم است. بلکه به منابع و مآخذی که به همین منظور نام برده شده‌اند مراجعه کنید و در تکمیل معلومات خود بکوشید.

بخاطر داشته باشید که اصول فقه مقدمهٔ فقه استدلالی و منطق حقوق است، هرقدر با اصول فقه بیشتر آشنا شوید قوه و قدرت استدلال و استنباط حقوق را بیشتر بدست می‌آورید.

با امید توفیق شما – ابوالحسن محمدی

۱۳۸۳

پیشگفتار

به نام خداوند جان و خرد
کزین برتر اندیشه برنگذرد
فردوسی

۱- نظم و ترتیب مطالب

علم اصول فقه یکی از درس‌های دانشکدهٔ حقوق بوده و اکنون نیز با تغییر نام به «مبانی استنباط حقوق اسلامی» جزو دروس این دانشکده است. گروه حقوق خصوصی و اسلامی قسمتی از موضوعات این علم را برای تدریس در سال سوّم قضائی تصویب نموده و تدریس آن به این جانب واگذار گردیده، بدین جهت لازم شد کتابی در این زمینه تألیف شود.

این علم قرن‌ها توسط علمای اسلام مورد بحث و گفتگو واقع شده و ضمن نگارش تألیفات بسیار ارزنده و سودمند نظم خاصّی یافته است. با همه اختلافاتی که در مسائل آن وجود دارد نظم موضوعات و مسائل تقریباً محفوظ مانده. گرچه اصولیین سُنّی نظمی متفاوت با اصولیین شیعه دارند ولی هر دو دسته نظم خود را رعایت کرده‌اند. در برنامهٔ دانشکدهٔ حقوق فقط قسمتی از موضوعات این علم، و می‌توان گفت اندکی از بسیار، گنجانیده شده امّا دریغ آمد که نظم موضوعات را نادیده گرفته مطالبی پراکنده و بی‌ارتباط به هم، جمع‌آوری و به صورت تألیف درآورده شود. و اگر چنین می‌شد تألیف به معنای واقعی کلمه نبود. چه، در تألیف معنای ارتباط و الفت میان موضوعات گنجانیده شده است. از این رو به نظر رسید بهتر آن باشد که نظم دیرین رعایت و در فصل‌بندی مطالب از روش دانشمندان بزرگ این علم پیروی گردد، منتها قسمت‌هایی که خارج از برنامهٔ درسی است به طور اختصار و قسمت‌هایی که جزو برنامهٔ درسی است بطور تفصیل مورد بحث قرار گرفته شود.

۲- روشی که در این تألیف بکار رفته

در این کتاب کوشش شده مطالب به بیانی ساده و درخور فهم و درك دانشجویان دورهٔ لیسانس نوشته شود ولی این منظور شاید به طور کامل محقق نشود زیرا بیان مطالب و مسائل اصول فقه که به زبان عربی نوشته شده و اصطلاحات و تعبیرات آن، همه عربی است در همه جا به آسانی در قالب عبارات فارسی درنمی‌آید و تنزل دادن مطالب علمی از سطح بسیار عالی به سطح خیلی پایین آسان نیست. با این همه، هدف این است که مطالب ساده و آسان نوشته شود و در این راه تا آنجا که مقدور باشد کوشش خواهد شد.

شیوهٔ دیگری که برگزیده شده این است که در هر مورد با آوردن مثال‌های حقوقی ـ که برای دانشجوی حقوق بهتر قابل فهم و درك است ـ مطالب روشن شود. این امری ضروری است زیرا منظور از تدریس علم اصول فقه در دانشکدهٔ حقوق استفاده از آن در کارهای حقوقی است و تدریس اصول فقه به صورت علمی قدیمی آن که تاکنون معمول بوده نتوانسته در حقوق مورد استفاده قرار گیرد و همین امر میان علم اصول و حقوق فاصله ایجاد کرده است، در حالی که علم اصول فقه از اسباب و ابزار لازم برای حقوق بوده و می‌باشد. به هر حال از آنجا که اصول فقه با حقوق تلفیق نگردیده، پیدا کردن مثال‌های حقوقی در هر مورد کاری بس دشوار است و نمی‌توان انتظار داشت که در تمام موارد مثال حقوقی پیدا کرد. با این همه، این نیز هدف دیگری در تألیف این کتاب است؛ تا چقدر مقدور افتد.

در مواردی، مانند مفهوم مخالف، می‌توان مثال‌های فراوانی در متون قوانین پیدا کرد که به یکی دو مورد اکتفا شده و به مواردی دیگر نیز اشاره شده است تا دانشجویان حقوق که با متون قانونی مانند قانون مدنی، قانون آئین دادرسی مدنی، قانون امور حسبی و قوانین کیفری سروکار دارند در هر مورد به مواد استنادی مراجعه کنند.

در این اثر علاوه بر کتب علمای امامیه به کتب علمای اهل سنت نیز مراجعه شده و عقائد آنها نیز مورد بررسی قرار گرفته و از زحمات آنها هم بهره‌برداری شده است. این مراجعه به سبب آن است که علم اصول فقه ساخته و پرداختهٔ فکر امامان و علمای اهل سنّت می‌باشد و عقائد و نظریات علمای امامیه با توجّه به نظرات و عقائد آنها ابراز و نوشته شده و پی بردن به عمق نظریات امامیه بدون بررسی عقائد علمای اهل سنّت، اگر غیرممکن نباشد، دشوار است.

۳- فصل‌بندی

این کتاب دارای دیباچه، چند گفتار و خاتمه است.

در دیباچه، به بررسی تاریخی علم اصول و سپس به بیان تعریف، موضوع و فایدهٔ آن می‌پردازیم.

در هر گفتار یك موضوع اصلی از موضوعات این علم مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

در خاتمه پیرامون اجتهاد و تقلید گفتگو خواهیم کرد.

دیباچه

۴-فهرست دیباچه

در دیباچه نخست به بررسی تاریخی مبانی استنباط حقوق اسلامی و سپس به بیان تعریف، موضوع و فایدهٔ آن می‌پردازیم:

بخش نخست - بررسی تاریخی علم اصول فقه:

- علم اصول فقه چیست، چگونه و از چه زمانی بوجود آمده؟
- اوّلین مؤلّف اصول فقه کیست و تألیف او چیست؟
- اصولیین، تألیفات آنها در علم اصول و مکاتب آنها.
- تحوّل و تکامل علم اصول.
- اصول فقه و حقوق موضوعه.
- تدریس اصول فقه در دانشکدهٔ حقوق.

بخش دوم - تعریف، موضوع و فایدهٔ علم اصول فقه.

بخش نخست

بررسی تاریخی

علم اصول فقه چیست، چگونه و از چه زمانی بوجود آمد؟

۵- اصول فقه چیست؟

فقه در لغت یعنی فهم و در اصطلاح یعنی دانستن احکام شرع دربارهٔ موضوعات اشیاء و کارهای مردم. این دانش را می‌توان بطور مختصر و بدون استدلال بدست آورد و می‌توان به تفصیل و با استدلال تحصیل کرد. ادله فقه، کیفیت به کار بردن آنها و مسائل مربوط به آن ادله در علمی بررسی شده است که مقدمه فقه استدلالی است. این علم را علم اصول فقه می‌گویند. می‌توان گفت رابطه فقه و اصول فقه تا حدّ زیادی مانند رابطهٔ علم حقوق و مقدمه حقوق است.

برای پی بردن به آغاز پیدایش موضوعات مباحث علم اصول فقه باید به بررسی تاریخ اسلام پرداخت و بنظر می‌رسد اگر این بررسی تاریخی را به ترتیبی که تاریخ عمومی اسلام بوجود آمده انجام دهیم بهتر و مفیدتر باشد، از این رو دوره‌های تاریخ عمومی اسلام را برای یافتن جواب این سؤال مسیر مطالعه قرار می‌دهیم.

۶- دستوری که مبنای عمل به «رأی» گردید

پیغمبر اسلام (ص) در چهارده قرن پیش دینی نو آورد و آیین تازه‌ای بنیاد نهاد. در آغاز پیروان او اندك و احکام او روشن بود و اگر در موردی ابهام پیش می‌آمد با مراجعه به آن حضرت رفع می‌شد و نیازی به اجتهاد و استنباط نبود تا علم اصول فقه، که مقدّمهٔ استنباط است، لازم شود. رفته رفته اسلام از مدینة‌الرسول[1] به شهرهای دیگر عربستان راه یافت و برای آنها که از شهر پیامبر خدا دور و از فیض حضور او محروم بودند از طرف پیغمبر نمایندگانی گسیل می‌شد

۱- شهری که اکنون به نام مدینه در عربستان مشهور است نام قدیمش (یثرب) بوده که پس از ورود حضرت محمّد (ص) به این شهر به نام او نامگذاری شد، و به مدینة‌الرسول مشهور گردید و اکنون به اختصار مدینه نامیده می‌شود.

که آنها را در احکام دین راهنمائی کنند. پیغمبر به این نمایندگان دستور می‌داد که: پیش از هر چیز به کتاب خدا (قرآن) و به دستور او عمل کنند و اگر از قرآن و سنّت رسول خدا در مسأله‌ای دستور خاصّی نرسیده می‌توانند «نظر و رأی» خود را به کار بندند[۱].

عمل به رأی و نظر خود، نه بدان معنا است که یکباره آزاد و رها از اسلام و محمّد هر چه بخواهند بگویند و بکنند. بلکه بدین معناست که، چون نمایندگان اعزامی از طرف پیغمبر اسلام به مبانی و اصول و هدف‌های اسلام آشنائی کامل داشتند و قرآن را خوانده و فهیمده و دستورهای پیغمبر را شنیده و درك کرده بودند، می‌بایست در مواردی که قرآن و سنّت گویا نبوده با توجه به مبانی و اصول و هدف‌های اسلام، و به اصطلاحِ حقوقی با توجّه به روح قانون،[۲] حکم مسأله را به «رأی و نظر» خود بیان کنند.

از این جا عمل به «رأی» پدید آمد و این بحث بعدها از مسائل مهمّ علم اصول گردید.[۳] زیرا پس از پیغمبر عمل به رأی مورد بحث و اختلاف قرار گرفت و از خلفا اخبار متضادی دربارهٔ عمل به رأی رسیده است که می‌توان برخی از آنها را در کتاب عدةالاصول شیخ طوسی دید.[۴] لکن از جمع بین آنها و با توجّه به عمل خلفا و فقها و قضات اسلامی در دورهٔ خلفای راشدین به این نتیجه می‌رسیم که: هرگاه رأی صرفاً یك عقیدهٔ شخصی باشد در شرع غیرقابل قبول است و اخباری که در ردّ رأی رسیده ناظر به این قسم است. ولی هرگاه رأی عقیده‌ای باشد منطبق با اصول و مبانی شرعی و هدف‌های شرع و از باب مصالح مرسله، استحسان یا عرف باشد، فقط برای آنها که بر موازین احکام شرع تسلّط کامل داشته‌اند، در مذاهب اهل تسنّن جایز بوده است.

۷- پیدایش موضوعی دیگر برای مباحث اصولی (اجماع)

رفته رفته اسلام در جزیرةالعرب گسترش می‌یافت و مردم دسته دسته دین محمّد را پذیرا می‌شدند که با نزول سورهٔ نصر (اکنون که فتح و پیروزی نصیب گردیده ومردم دسته دسته به دین اسلام می‌گروند و رسالت خود را انجام داده‌ای...) خدای محمّد از او دعوت کرد که به

۱- رجوع شود به خبر معاذبن جبل، کتاب ***عدّةالاصول***، تألیف شیخ طوسی، صفحهٔ ۱۰۹، جزو دوّم.

۲- **دورهٔ حقوق مدنی**، مرحوم دکتر سیدحسن امامی، جلد اوّل، چاپ سوّم، صفحه ۱۶

۳- ***تقریرات اصول***، تألیف مرحوم استاد محمود [illegible]، [illegible] دانشگاه ۱۳۳۵، صفحه [illegible]

۴- جزءِ دوّم کتاب ***عدّةالاصول***، شیخ طوسی، فصل‌های مربوط [illegible] صفحه [illegible]

دیدارش بشتابد.[۱] محمّد «ص» پس از ۲۳ سال تلاش و کوشش بی‌وقفه در راه خدا از این جهان رَخت بربست و به سرای جاودان شتافت. پس از او با خلافت ابوبکر دورهٔ خلفای راشدین شروع شد که تا شهادت علی‌بن ابی‌طالب (ع) در سال ۴۱ قمری ادامه داشت. در این دوره موضوعاتی مانند «اجماع» بوجود آمد که بعدها مورد بحث اصولی قرارگرفت.

به عقیدهٔ اهل تسنُّن خلیفهٔ اوّل با مراجعه به آراءِ مردم معیَّن شد و این کار «اجماع امت» نام گرفت. این رویداد بعدها موضوع دیگری برای بحث اصولی گردید.

رجوع به آراءِ مردم در زمان پیغمبر بی‌سابقه نبود. قرآن هم آن را پیش‌بینی نموده بود: *(وَأَمْرُهُمْ شُورىٰ بَيْنَهُمْ)*[۲] ولی این امر که در آن وقت جنبهٔ مشورتی داشت، *(وَ شاوِرْهُمْ فِي الْأَمرِ فَإِذا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللّه)*[۳] پس از پیغمبر به صورت یك اصل اساسی حقوق اسلام درآمد و به نام (اِجماع فقها) مصطلح و مشهور گردید و پس از قرآن و سنّت پیغمبر سوّمین دلیل اثبات احکام شرعی شد.

اجماع امّت شبیه اصطلاح «مراجعه به آراءِ عمومی» و اجماع فقها شبیه اصطلاح «دکترین» در علم حقوق است. ولی اجماع، بخصوص بنابر مذهب امامیه، با مراجعه به آراءِ عمومی تفاوت دارد و در مبحث اجماع در این باره توضیح لازم داده خواهد شد.

۸- *قیاس و فرق آن با رأی*

قیاس - نهالی که پیشتر نشانده شده بود در این دوره بارور گردید. خلفا و فقهای اسلام از آن، بهره‌ها گرفتند، و در موارد بسیار آن را به کار بستند. از جمله خلیفهٔ دوّم به قاضی بصره، ابوموسیٰ أشعری، می‌نویسد[۴]: ***أَلْقَضاءُ فَرِيضَةٌ مُحْكَمَةٌ و سُنَّةٌ مُتَّبَعَةٌ... أَلْفَهْمَ! أَلْفَهْمَ! فِيما تُلَجْلِجُ فِى صَدْرِكَ مِمّا لَيْسَ فِى كِتابٍ وَ لا سُنَّةٍ فَاعْرِفِ الْأَشْباهَ وَالْأَمْثالَ وَ قِسِ الْأُمورَ عِنْدَ ذٰلِكَ...*** یعنی قضاوت وظیفه‌ای مُهم و طریقه‌ای لازم‌الأتباع است ... بر تو لازم است آنچه راکه به خاطرت می‌رسد و در قرآن و سنّت دربارهٔ آن چیزی گفته نشده به درستی بفهمی: در این گونه موارد ناچار باید امور

۱- **تفسیر *مجمع البیان***، شیخ طبرسی، جلد دوّم، در تفسیر سورهٔ نصر.

۲- سورهٔ شوریٰ، آیهٔ ۳۸. ۳- سورهٔ آل عمران، آیهٔ ۱۵۹.

۴- ***اصول‌الفقه***، تألیف شیخ محمّد خضری بیك، صفحهٔ ۲ و ***عدّة‌الاصول***، شیخ طوسی، جزءِ دوّم، صفحهٔ ۱۰۹، با اشاره به مضمون خبر و ***تاریخ‌التشریع*** تألیف حسین علی‌الاعظمی، چاپ بغداد، صفحهٔ ۴. و ***اعلام‌الموقعین*** ابن قیّم‌الجوزیه، ج ۱، ص ۸۵.

همانند و همسان را بیابی و مورد مسکوت را به نظیر و مانندش قیاس کنی.

فرق عمدهٔ رأی با قیاس این است که قیاس به نحوی به قرآن یا سنّت برمی‌گردد، زیرا در قیاس لازم‌است که حکم اصل به نص یا اجماع ثابت شده باشد در حالی که «رأی» در مورد فقد دلیل است[۱].

باید در نظر داشت که شیعه عمل به رأی و قیاس و مصالح مرسله و استحسان و عرف را جایز نمی‌داند.

۹- قرآن و سنّت موضوع بحث اصولی واقع می‌شوند

در دورهٔ خلفای راشدین اسلام از جزیرةالعرب به کشورهای دیگر و به دنیای متمدّن آن روز یعنی ایران و روم و متصرفات آنها نفوذ کرد. مردمی دیگر که زبان عربی نمی‌دانستند و قرآن و سنت را نمی‌فهمیدند خواه ناخواه زیر تسلّط اسلام و مسلمانان قرار گرفتند و برای فهمیدن قرآن و سنت، علاوه بر زبان و ادبیات عرب، لازم بود اصول و قواعد استنباط از دستورات خدا و پیغمبر را نیز دریابند.

به علاوه، نقل حدیث از پیغمبر خود نیز مشکلی ایجاد کرده بود. زیرا افرادی به جهات مختلف دست به جعل اخبار و نقل روایات دروغ از پیغمبر زده بودند و تشخیص خبر راست از دروغ نیازمند اصول و قواعدی بود و بدین ترتیب قرآن و سنّت نیز موضوع بحث اصولی قرار گرفتند.

بحث از این دو موضوع و موضوعات دیگری که قبلاً بدان اشاره رفت (رأی و قیاس و إجماع) کم‌کم جای خود را در میان مسائل مختلف آن عصر پیدا می‌کرد و مسائلی مرتبط به هم برجود می‌آمد و علمی شکل می‌گرفت که بعدها به نام علم اصول فقه مشهور گردید.

۱- گفتهٔ عبدالله‌بن مسعود صحابی بزرگ و فقیه مشهور دورهٔ خلفای راشدین بهترین دلیل بر این مطلب است: ***«اِقْضِ بِالکِتابِ وَالسُّنَّةِ اِذا وَجَدتَهُما، فَاِذا لَمْ تَجِدِ الحُکمَ فیهِما فَاجْتَهِدْ رَأیَکَ»*** یعنی مطابق قرآن و سنت پیغمبر (ص) قضاوت کن و اگر در این دو دستوری نیابی عقیده و رأی خود را بکار بند. نقل از صفحهٔ ۱۰۹، کتاب ***عُدَّةالاصول*** شیخ طوسی.

خلاصه اینکه: علم اصول فقه برای امکان استنباط احکام شرع اسلام و به نحوی که توضیح داده شد در نیمهٔ اوّل قرن اول هجری بوجود آمد ولی تا آن زمان نامی نداشت، تدریس نمی‌شد و حتی کتابی دربارهٔ آن نوشته نشده بود[۱].

۱۰- علل انتشار علوم اسلامی

مهمترین علّت انتشار علوم اسلامی بسط و توسعهٔ قلمرو اسلامی است و علل دیگرآن‌عبارتند از:

الف- مسافرت یاران پیامبر (ص)

خلیفهٔ دوّم اجازه نمی‌داد اصحاب پیغمبر (ص) یعنی آنان که به فیض حضور پیغمبر (ص) نائل شده و حامل بدون واسطهٔ اخبار و احادیث پیغمبر (ص) بودند از مرکز خلافت، شهر مدینه، بیرون روند؛ مبادا روزی در واقعه‌ای حضور آنها لازم شود و به علم آنها نیاز افتد و بدانهادسترسی نباشد. مگر اینکه امری ضروری یا پیشامدی مهم مانند رهبری جهاد در راه دین خروج آنها را ایجاب می‌کرد. از این جهت تا وقتی که او زنده بود بیشتر اصحاب پیامبر (ص) در مدینه بودند، ولی پس از مرگ او آنها توانستند به شهرها و کشورهای دیگر مسافرت کنند و ناقل بی‌واسطهٔ احکام دین و گفتار رسول خدا برای مردم دیاری دیگر شوند و علوم اسلامی را انتشار دهند.

ب- تغییر مرکز خلافت اسلامی

مرکز خلافت اسلامی از زمان پیغمبر تا زمانی که مسلمانان بر خلیفهٔ سوّم (عثمان) شوریدند و او را کشتند شهر مدینه بود. هنگامی که علی (علیه‌السّلام) جانشینی پیغمبر را پذیرفت اسلام از جزیرةالعرب خارج شده، عراق و شام و متصرّفات ایران و روم و قسمتی از این دو امپراطوری عظیم را فراگرفته بود و مدینه دیگر نمی‌توانست مرکز چنین امپراطوری وسیعی باشد زیرا از آنها دور بود و وسائل ارتباط سریع و مؤثر موجود نبود. علی (ع) با تمام علاقه‌ای که به مدینه (شهر اسلام، شهر رسول خدا، شهری که عزیزترین کسان او یعنی محمّد و فاطمه، در آن مدفون بودند، شهری که هر گوشهٔ آن شاهد فداکاری‌های او در راه خدا بود) داشت، به

۱- *تقریرات اصول*، مرحوم استاد شهابی، مقدّمه، صفحهٔ یز.

ملاحظات سیاسی و به منظور دسترسی بیشتر به همهٔ متصرّفات اسلامی و برخلاف میل خود مرکز خلافت را از آن شهر به کوفه که در آن وقت اردوگاهی بیش نبود، منتقل نمود. تغییر مرکز خلافت به کوفه موجب شد که ساکنان متصرّفات اسلامی بیشتر بتوانند از وجود مسلمانان قدیمی و آشنا به احکام دین بهره‌مند شوند و امکان انتشار علوم اسلامی به شهرهای دوردست را فراهم نمود.

ج - *انتقال خلافت به خاندان اُمیّه*

انتقال خلافت از خاندان علی (ع) به معاویه و خاندان او که مرکز آنها شهر شام، دمشق کنونی، بود موجب شد که علوم اسلامی به کشورهای کنونی: سوریه، لبنان، فلسطین و ترکیه راه یابد.

د - وجود خلفای دانشمند و دادگر مانند عبدالملك بن مروان و عمربن عبدالعزیز نیز در بسط و انتشار علوم اسلامی بی‌اثر نبوده است.

نتیجه - *همهٔ این عوامل به اضافهٔ عواملی که در دورهٔ خلفای راشدین وجود داشت و باقی مانده بود سبب انتشار علوم اسلامی به طور کلی و مسائل اصول فقه به طور ضمنی در دنیای اسلام گردید. لکن تا آن زمان هنوز اصول فقه به صورت یك علم شناخته شده در نیامده کتابی مستقل در این زمینه تألیف نشده بود و فقهای اسلام فقط در مقدمهٔ کتب فقهی خود اصول و قواعد استنباط احکام اسلامی را به طور مختصر بیان می‌کردند.*

۱۱ - *عصر فقهای بزرگ*

در سال ۱۳۲ هجری قمری خلافت اسلامی به عباسیان رسید که تا سال ۶۵۶ دوام یافت. این مدّت را می‌توان به دو دوره تقسیم کرد.

دورهٔ *اوّل* - دورهٔ عظمت و عصر طلائی اسلام از ۱۳۲ تا ۳۳۰ هجری قمری.

دورهٔ دوّم - دورهٔ انحطاط و ضعف اسلام از ۳۳۰ تا ۶۵۶ هجری قمری.

در دورهٔ اوّل دانشمندان بزرگی در رشته‌های علوم اسلامی درخشیدند که در رأس آنها ابوحنیفه (۱۵۰ م)- مالك بن انس (۱۷۹ م) - محمدبن إدريس شافعی (۲۰۴ م) احمدبن حنبل (۲۴۱ م) را می‌توان نام برد و هر یك امام و پیشوای مذهبی بودند.

امام جعفر صادق (ع) (۱۴۸-۸۳) نیز در این دوره به نشر احکام و حقایق اسلامی پرداخته و حوزهٔ درسی او مجمع صدها دانشمند علوم اسلامی بوده است.

۱۲- *اوّلین تألیف و اوّلین مؤلّف در علم اصول فقه*

در این دوره است که اوّلین تألیف در اصول بوجود می‌آید. به طوری که یاقوت حموی در کتاب معجم‌الأدباء[۱] می‌نویسد:

«عبدالرحمٰن بن مهدی[۲] از شافعی می‌خواهد کتابی تألیف نماید که جامع اصول و قواعد استنباط احکام اسلامی باشد و این دانشمند بزرگ اوّلین کتاب را در علم اصول فقه تألیف کرده و آن را الرساله نامیده است». بدین ترتیب برای اولین بار کتابی در علم اصول فقه به رشتهٔ تحریر درآمده که قدمت زمان هم هنوز در آن اثر نگذاشته است.

به طور خلاصه، بنابر مشهور میان مورّخان، اوّلین مؤلّف اصول فقه محمّدبن إدریس شافعی و اوّلین کتابی که در اصول فقه نوشته شده «الرساله» می‌باشد.

مرحوم استاد محمود شهابی درمقدمهٔ کتاب تقریرات اصول خود و در مقدمهٔ کتاب فوائدالاصول «تقریرات مرحوم میرزای نائینی و تألیف مرحوم شیخ محمدعلی کاظمی خراسانی» دربارهٔ اینکه شافعی اولین مؤلّف اصول بوده تردید نموده و می‌نویسد: احتمال می‌رود قاضی ابویوسف یا محمّد بن حسن شیبانی اوّلین مؤلّف اصول بوده باشد. وی شواهدی نیز از کتب تاریخی بر این احتمال آورده است.

معتمدی کردستانی در کتاب خود به نام «اصول فقه شافعی» پس از نقل گفتار استاد شهابی بر آن ایراداتی وارد ساخته و خواسته است ثابت کند که شافعی نخستین مولّف اصول فقه بوده است.

مؤلّف کتاب ***الوجیز فی اصول‌الفقه و تاریخ التشریع الاسلامی*** می‌نویسد: اوّلین کسی که در اصول اثری از خود بجا گذاشته امام ابویوسف پیرو ابوحنیفه، متوفا به سال ۱۸۲ هجری، بود و نیز نقل می‌کند که گفته شده اوّلین مؤلّف اصول هشام بن حکم یکی از شاگردان امام جعفر صادق (ع)، متوفا به سال ۱۷۹، بوده که بحث الفاظ را نوشته است. ولی سرانجام می‌نویسد اوّلین کسی که به نام اصول فقه کتابی نوشته است امام شافعی متوفا به سال ۲۰۴ می‌باشد.

سید علی نقی حیدری نیز در مقدّمهٔ کتاب اصول‌الفقه خود می‌نویسد اوّلین مؤلّف در علم اصول هشام بن حکم است.

۱- **معجم‌الأدباء**، چاپ مصر، جلد ۱۷، صفحهٔ ۳۱۳، در شرح حال شافعی چنین می‌نویسد: ***«کَتَبَ عَبْدُالرَّحمٰنِ بْن مَهْدی إلَی الشّافِعِی وَ هُوَ شابٌّ أنْ یَضَعَ لَهُ کِتاباً فیْهِ مَعانِی الْقُرْآن و یَجْمَع قَبولَ الأخْبارِ فیْهِ و حُجَّة الإجماع و بَیان النّاسِخ وَالْمَنسوخِ مِنَ الْقُرآنِ و الْسُنَّةِ. فَوَضَعَ لَهُ کِتابَ الرِّسالَةِ».***

۲- مهدی فرزند منصور دوانقی و پدر هادی و هارون‌الرشید است بدین ترتیب عبدالرحمان بن مهدی برادر هارون‌الرشید است.

به هر حال آنچه مشهور است این است که شافعی نخستین کسی است که در اصول فقه کتاب نوشته و خلاف این شهرت ثابت نشده. از این رو بنظر می‌رسد می‌توان گفتهٔ مشهور را پذیرفت.

اصولیین، تألیفات آنها در اصول فقه و مکاتب آنها

این مطلب را در سه بخش بررسی می‌کنیم: اصولیین سُنّی و تألیفات آنها در اصول فقه، اصولیین شیعه و تألیفات آنها در اصول فقه و سرانجام مکاتب اصولی.

۱۳- اصولیین اهل سنّت و تألیفات آنها در اصول فقه

پس از تألیف کتاب «الرساله» توسط شافعی، اصولیین دیگر نیز در این علم آثاری بوجود آورده‌اند که نمی‌توان از همهٔ آنها در این کتاب نام برد. در آخر این کتاب به تعدادی از آنها، که در مقدّمهٔ کتاب اصول‌الفقه شیخ محمّد خضری بیك و در پایان کتاب فلسفةالتشریع فی‌الإسلام تألیف صبحی محمصانی استاد دانشگاه بیروت آورده شده، به ترتیب الفبای نام کتاب، اشاره می‌شود. ذکر اسامی آنها موجب آشنایی با منابع و مآخذ ارزنده‌ای می‌شود و به نظر می‌رسد کار لازمی است.

۱۴- اصولیین امامیّه و تألیفات آنها در علم اصول

مقدمتاً باید یادآور شد که شیعهٔ امامیّه خیلی دیرتر از اهل سنّت به علم اصول احتیاج پیدا کرده و علت آن این است که به عقیدهٔ شیعه گفتار و کردار و تقریر امامان دوازده‌گانه همان حجّیّتی را دارند که قول و فعل و تقریر پیغمبر (ص) داراست. از این رو تا شروع غیبت کبریٰ (سال ۳۲۹ هجری قمری) شیعه احکام خود را بی‌واسطه یا با واسطه از امام معصوم (ع) گرفته و احتیاجی به اجتهاد و استنباط و علم اصول فقه پیدا نمی‌کند و حتّیٰ نسبت به اصول فقه که منتسب به أبوحنیفه است نظر خوبی ندارد.

لکن وقتی غیبت کبریٰ شروع می‌شود و امام دوازدهم (عجلّ‌الله فرجه،عج) علما و فقها

را موظّف می‌نمایند[۱] که در امور شرعی اجتهاد نموده و شیعیان را رهبری کنند، فقهاء ناچار به اصول فقه روی می‌آورند و این هنگامی است که اصول فقه توسط علمای اهل سنّت به صورت علم مدوّنی درآمده و پیرامون آن کتابهای متعددی نوشته شده است.

این مسئله بعدها میان علمای شیعه اختلاف و دو دستگی ایجاد می‌کند: یك دسته که اصول را نمی‌پذیرند «اخباری» و دسته دیگر که آن را قبول می‌کنند «اصولی» نامیده می‌شوند و سرانجام علمای شیعه نزدیك به سه قرن دیرتر از علمای سُنّی با علم اصول فقه آشنا می‌شوند.

علمای شیعه پس از ورود به علم اصول فقه در آن مطالعهٔ فراوان نموده و تألیفات بسیار ارزنده‌ای بوجود آورده‌اند که در آخر کتاب به فهرست اسامی مشهورترین آنها اشاره می‌شود تا منبع و مأخذ مهمی برای مطالعه و تحقیق قرار گیرند.

بنا به گفتهٔ سیّد بحرالعلوم[۲] اوّلین کتابی که توسط اصولیین شیعه در این علم نوشته شده کتاب «الذریعة الی اصول‌الشریعة» تألیف مرحوم سیّد مرتضیٰ (۴۳۶-۳۵۵ قمری) است. لکن به طوری که در مقدّمهٔ تقریرات اصول استاد شهابی آمده است شیخ مفید پیش از سیّد مرتضیٰ در این علم تألیفی داشته است[۳]. رسالهٔ شیخ مفید در اصول فقه بصورت جلد نهم آثار علمی شیخ مفید در سال ۱۳۷۵ خورشیدی از سوی کنفرانس هزارهٔ شیخ مفید در قم چاپ و منتشر شده است.

مکتب‌های اصولی

۱۵- فرق مذهب با مکتب

مذهب و مکتب گاه به یك معنا به کار می‌روند و گاه در برابر هم در این صورت تفاوت آن‌ها چنین است:

۱- توقیعی است به خطّ شریف امام زمان عج: «***امّاالحوادثُ‌الواقِعَة فَارْجعوا فیها إلی رُواة حَدیثنا فَإنَّهُمْ حُجّتی عَلَیْکُمْ وَ انا حُجّةاللّه عَلَیْهِمْ***». کتاب ***حقُّ‌المُبین*** تألیف شیخ جعفر نجفی [کاشف‌الغطاء]، صفحهٔ ۱۰۷ به نقل از کتاب الفوائدالمدنیة محمّد امین استرآبادی.

۲- مقدّمه‌ای از مرحوم استاد شهابی بر کتاب ***فوائدالأصول*** صفحهٔ (ز).

۳- مقدّمهٔ ***تقریرات اصول*** مرحوم استاد شهابی صفحهٔ (ن).

مذهب - طریقه و روشی مربوط به اصول اعتقادات است. می‌دانیم مسأله امامت یکی از مسائل اصلی اعتقاد اسلامی است و به همین جهت اعتقاد به اینکه چه کسی امام یعنی جانشین پیغمبر باشد مذاهبی را بوجود آورده است.

مکتب - روشی است مربوط به مسائل علمی. درمیان پیروان یك مذهب گاه روش‌های گوناگونی برای استنباط مسائل علمی و فقهی به وجود آمده است. مثلاً در میان شیعهٔ دوازده امامی برخی برای استنباط احکام فقه فقط به اخبار و آیات استناد نموده‌اند که آنها را اخباری نامیده‌اند و دسته‌ای علاوه بر این دو، به فنون اصولی نیز استناد کرده‌اند و «اصولی» نامیده شده‌اند. گاه نیز دیده شده که پیروان مذاهب مختلف در بررسی‌های علمی روش واحدی دارند و پیرو یك مکتب علمی هستند. با توجه به این نکته مکتب‌هایی راکه در علم اصول فقه بوجود آمده بیان می‌کنیم ولی پیش از آن به مذاهب اسلامی اشاره می‌شود.

۱۶- مذهب‌های مشهور اسلام

مذاهبی که در اسلام پیدا شده متعددند و بعضی تا هفتاد و سه مذهب برشمرده‌اند و حتّیٰ حدیثی نیز به همین مضمون از پیغمبر (ص) نقل شده: «*سَتَفْتَرِقُ أُمَّتی عَلیٰ بِضْعٍ وَ سبْعینَ فِرْقَةً*[1]». یعنی اُمّت من بزودی به هفتاد و چند دسته پراکنده می‌شوند.

مذاهب مشهوری که در دین اسلام بوجود آمده‌اند، عبارتند از:

مذهب سُنّی و مذهب شیعه و هر یك از اینها خود دارای شُعَبی هستند. سُنّیان معتقدند که بعد از پیغمبر به ترتیب ابوبکر، عمر، عثمان، و علی(ع) جانشین او بوده‌اند و به جهت انتساب به سُنّت پیغمبر آنها را سُنّی گویند و نیز به نامهای اهل سُنّت و جماعت و عامّه خوانده می‌شوند که خود آنها تعبیر اخیر را دوست ندارند.

شعب مشهور مذهب سُنّی عبارتند از: مذهب مالکی، مذهب حنفی، مذهب شافعی و مذهب حنبلی. مذاهب دیگری نیز بوده که از بین رفته‌اند مانند مذهب ظاهری و اوزاعی.

شُعَب مشهور شیعه عبارتند از: شیعهٔ زیدی یا چهار امامی، شیعهٔ اسماعیلی یا شش

۱- **سنن ترمذی**، جلد دهم، باب ایمان، صفحهٔ ۱۰۹ (چاپ قاهره، سال ۱۳۵۳ هجری قمری) و **سنن دارمی**، جلد دوم، صفحه ۲۴ (چاپ دمشق سال ۱۳۴۹ هجری قمری).

امامی و شیعهٔ جعفری یا دوازده امامی. مذاهب دیگری نیز در شیعه وجود دارد.

شیعیان همه پیرو علی‌بن ابی طالبند یعنی او را بعد از پیغمبر امام اوّل می‌دانند و به همین جهت آنها را شیعهٔ علی(ع) (پیرو علی) و به اختصار «شیعه» گویند. شیعیان علی (ع) همه بر امامت حسن‌بن علی(ع)، حسین‌بن علی(ع) و علی‌بن حسین (ع) به ترتیب و بعد از شهادت حضرت علی (ع) اتّفاق نظر دارند.

اختلاف آنها از آنجا ناشی می‌شود که پس از علی‌بن حسین(ع)، امام چهارم، زیدیه زید بن[1] علی‌بن حسین را امام می‌دانند و بقیّه امام محمد باقر(ع) (۵۷ تا ۱۱۴ قمری) فرزند دیگر آن حضرت را.

انشعاب دیگر پس از وفات امام ششم، جعفربن محمد صادق (ع)، بوجود آمده و اسماعیلیه نام دارد. پیروان این مذهب اسماعیل بزرگ‌ترین فرزند امام ششم را (که در زمان زنده بودن پدر وفات یافت) امام می‌دانند. اسماعیلی‌ها در فقه خیلی به مذهب جعفری نزدیکند ولی در حقوق عمومی و مسأله امامت با مذهب جعفری مخالفند. مأخذ مهم آنها کتاب دعائم‌الاسلام تألیف قاضی نعمان مصری است. دولت فاطمیون مصر طرفدار این مذهب بوده و در ایران حسن صباح مروج آن بوده است.

سایر شیعیان، حضرت موسیٰ کاظم (ع) فرزند دیگر امام صادق (ع) را امام می‌دانند و این گروه را امامیه یا اثنیٰ‌عشری و دوازده امامی می‌نامند. زیدیه همهٔ شیعیان غیر از خود را «رافضیه» گویند، به لحاظ اینکه امامت زیدبن علی را رفض و رد و ترك کرده‌اند[2] و این نام از اینجا برای شیعه به وجود آمد و بجا ماند. شیعه نیز این نام را دوست ندارد، زیرا به تدریج از معنا و مورد خود دور شده به کنایه از ترك دین و مذهب به کار می‌رود.

۱۷- مکتب‌های مختلف

مکتب فقیهان و مکتب متکلّمان: این دو مکتب در مذهب سنّیان بوجود آمده‌اند. دستهٔ اوّل

۱- زیدبن علی (ع) در سال ۱۲۰ یا ۱۲۲ قمری بر هشام بن عبدالملك اموی شورید و به شهادت رسید. مسند زید کتابی است که وی در آن احادیث را گردآوری کرده است.

۲- ***مقدمهٔ ابن خلدون*** در امامت (چاپ سوّم، سال ۱۹۰۰ میلادی)، صفحهٔ ۱۹۶ به بعد.

را بیشتر حنفی‌ها و دستهٔ دوّم را بیشتر پیروان سه مذهب دیگر تشکیل می‌دهند.

مکتب *اصولی* و مکتب *اخباری*: این دو مکتب در مذهب شیعه بوجود آمده‌اند که دربارهٔ هر یك مطالب مختصری بیان می‌کنیم:

۱۸- مکتب *فقیهان*

ابوحنیفه، نعمان‌بن ثابت از خانواده‌ای ایرانی بود که در کوفه نخست به کار معامله و خرید و فروش پارچه‌های ابریشمی مشغول بود[۱] و سپس به علوم شرعی روی آورد و در این راه به جایی رسیده که به نام «امام اعظم» نامیده شد. وی پیروان زیادی دارد و دانشمندان آنها در استنباط احکام شرعی روش خاصّی داشته‌اند و به نام «فقها» مشهور شده‌اند. ابوحنیفه در سال ۱۵۰ هجری قمری فوت کرد و در بغداد مدفون است.

روشی که پیروان ابوحنیفه به کار می‌برده‌اند، بررسی فروع و مسائل جزئی فقهی و استخراج قواعد کلّی از آنها بوده است (روش استقراء) و هر گاه قاعده‌ای کلّی با حکم فرعی یا فروعی تطبیق نمی‌کرده آن قاعده را اصلاح کرده، به صورتی درآورده‌اند که با فروع و مصادیق تطبیق نماید. می‌توان گفت آنان به دنبال قواعدی می‌گشته‌اند که می‌پنداشتند پیشوایانشان با توجّه به آن قواعد در فروع چنان حکمی کرده‌اند[۲] اینان راکه بیشتر به فروع و حکم آنها توجّه داشته‌اند و حکم شرعی مسائل جزئی را بیشتر مورد نظر قرار داده‌اند فقیه نامیده‌اند زیرا فقه به معنای فهمیدن حکم فروع جزئی است.

۱۹- *فقیهان بزرگ*[۳]

فقیهان بزرگ عبارتند از: جصاص ابوبکر، احمد بن علی، متوفا به سال ۳۷۰ هجری قمری.

قاضی دبوسی، ابوزید، عبداللّه بن عمر، متوفا به سال ۴۳۰ هجری قمری.

۱- *فلسفةالتشریع*، صبحی محمصانی، چاپ بیروت، صفحهٔ ۳۰ و ۲۹.

۲ و ۳- *اصول الفقه*، تألیف محمّد خضری بیک، صفحهٔ ۷ تا ۱۰ و مرحوم استاد شهابی در مقدّمهٔ *تقریرات اصول* به نقل از ابن‌خلدون.

سرخسی، شمس‌الأئمه، محمّدبن احمد، متوفا به سال ۴۸۳ هجری قمری.

بزدوی، فخرالاسلام، علی‌بن محمد، متوفا به سال ۴۸۳ هجری قمری.

نسفی، عبداللّه‌بن‌احمد، حافظ‌الدّین، متوفا به سال ۵۹۰ هجری قمری.

۲۰- مکتب متکلّمان

متکلّم از مادّهٔ کلام گرفته شده و کلام، علمی است که از اصول مذهب و مسائل مربوط به آن گفتگو می‌کند. علم کلام با فلسفه نزدیکی بسیار دارد. فلسفه و حکمت مطالعه دربارهٔ موجودات است از طریق عقلی، علم کلام مطالعه دربارهٔ موجودات است از طریق شرعی، البته عقل را نیز تا آنجا که برخلاف شرع نباشد به کار می‌گیرند.

مکتب متکلّمان در استنباط احکام شرعی مبتنی بر حفظ اصول و قواعد کلّی بوده است و هرگاه حکم فرعی یا فروعی با اصلی و قاعده‌ای هماهنگی نداشته از آن حکم دست برمی‌داشته‌اند و حکمی دیگر مطابق با آن اصل و قاعده بیان می‌کرده‌اند، اینان هر چه را عقل و قواعد کلّی شرعی اقتضاء داشته بیان می‌کرده‌اند بدون اینکه خود را موظف بدانند که مقتضای دلالت عقل و قواعد کلی شرعی در عمل و فروع مسائل چیست[۱].

۲۱- مؤلّفان بزرگ مکتب متکلّمان[۲]

مؤلفان بزرگ مکتب متکلمان عبارتند از:

ابی‌الحسین، محمّد بن علی بصری، شافعی، متوفا به سال ۴۳۶ هجری، مؤلف کتاب «المعتمد». شرح کتاب «العمد» از قاضی عبدالجبار.

ابی‌المعالی، عبدالملك بن عبداللّه، الجوینی، نیشابوری، شافعی، معروف به امام‌الحرمین. متوفا به سال ۴۷۸ هجری، مؤلف کتاب «البرهان».

ابوحامد محمّدبن محمّد غزالی، شافعی، متوفا به سال ۵۰۵ هجری، مؤلف کتاب «المستصفی».

---

۱ و ۲- ***اصول‌الفقه***، تألیف خضری بیك، صفحهٔ ۷ تا ۱۰ و مرحوم استاد شهابی در مقدّمهٔ ***تقریرات اصول*** به نقل از ابن‌خلدون.

فخرالدّین، محمّدبن عمر، رازی، شافعی، متوفا به سال ۶۰۶ هجری قمری، مؤلف کتاب «المحصول».

۲۲- مکتب *اخباری* و مکتب *اصولی* (۱)

این دو مکتب در میان شیعه بوجود آمده‌اند، اخباری‌ها معتقدند که عقل در مسائل شرعی راه ندارد و مسائل شرعی را باید از طریقی شرعی - یعنی از قرآن و اخبار و اجماع -

---

۱- ***تقریرات اصول***، تألیف مرحوم استاد شهابی، صفحهٔ مدوسب - وسد - کتاب ***حقّ‌المبین***، تألیف شیخ جعفر کاشف‌الغطاء و حاشیهٔ آن که رساله‌ای است به نام ***فاروق‌الحق***، تألیف سیّد محمد دسفوری. در کتاب اخیر ۸۶ فرق بین اصولی‌ها و اخباری‌ها بیان شده است که مهم‌ترین آنها به نقل از کتاب فقهای نامدار شیعهٔ تألیف آقای عبدالرحیم عقیقی بخشایشی عبارتند از:

۱- اصولی عقل را در ادراک حسن و قبح اشیاء حجت می‌داند برخلاف اخباری.

۲- اصولی ادلهٔ احکام دین را چهار چیز: کتاب، سنت، عقل و اجماع می‌داند ولی اخباری فقط کتاب و سنت را، بلکه بعضی از آنها فقط سنت را دلیل می‌دانند.

۳- اصولی تقلید از میت را حرام می‌داند و اخباری مجاز.

۴- اصولی اجتهاد را واجب عینی را یا کفایی می‌داند ولی اخباری آنرا حرام می‌داند.

۵- اخباری مدعی است اخبار کتب چهارگانه قطعی است «قطعی‌الصدور»... بنابراین احتیاجی به علم رجال نداریم ولی اصولی علم رجال را لازم می‌داند.

۶- اصولی می‌گوید هیچ‌کس جز مجتهد جامع‌الشرائط به مقام فتوی دادن و فهم حدیث نمی‌رسد ولی اخباری شناختن اهل بیت را برای این امر کافی می‌داند.

۷- اصولی ظواهر قرآن را حجت می‌داند برخلاف اخباری.

۸- اصولی می‌گوید برای رسیدن به واقع در جایی که دسترسی به علم نیست باید از ظن مجتهد پیروی کرد و ظنّ مجتهد هم چون متکی بر ادلّهٔ علمی و آیات و اخبار اهل بیت می‌باشد به منزلهٔ علم است. ولی اخباری مدعی است که ظن مجتهد و غیر او فرقی ندارد و باید در تمام موارد علم قطعی به واقع پیدا کرد.

۹- اصولی در مقام تعارض میان دلیل عقلی و نقلی دلیل عقلی را مقدّم می‌داند به خلاف اخباری که دلیل نقلی را بر عقلی ترجیح می‌دهد.

۱۰- اصل اباحه درنزد اصولی حجت است ولی اخباری آن را حجّت نمی‌داند.

۱۱- اخباری خبر واحد را به علت اینکه موجد قطع و یقین نیست حجت نمی‌داند. ولی بیشتر اصولیین آن را حجت می‌دانند.

گرفت. ظاهر قرآن را نیز حجّت نمی‌دانند مگر اینکه روایات آن را تفسیر کرده باشند. در اصل برائت نیز در مواردی با اصولیین اختلاف نظر دارند که خواهد آمد.

درمیان علمای اخباری می‌توان از اشخاص زیر نام برد:

میرزااحمداسترآبادی، متوفا به سال ۱۰۲۸ قمری در مکّه.

محمّدامین‌استرآبادی مؤلف کتاب «فوائدالمدنیة» که بین سالهای ۱۰۲۶ تا ۱۰۳۶ هجری قمری در مکّه وفات یافته است.

شیخ یوسف بحرانی «متوفا به سال ۱۱۸۶» قمری مؤلّف کتاب الحدائق‌الناضره.

شیخ عبداللّه‌بن حاج صالح ساهیجی مؤلف کتاب «هنیئة الممارسین فی اجوبة سؤالات شیخ یاسین» متوفا به سال ۱۱۳۵ در بهبهان.

محمّدبن عبدالنبی معروف به میرزا احمد اخباری استرآبادی، متوفا به سال ۱۲۳۳ قمری.

لازم به ذکر است که مکتب ظاهری در میان سُنّی‌ها از حیث اصول استنباط و اکتفا به ظواهر آیات و روایات خیلی شبیه به مکتب اخباری شیعه است.

اصولی‌ها معتقدند که باید علاوه بر قرآن و اجماع به دلیل عقل نیز تمسّك جست و در مقام استنباط احکام شرعی دلیل عقل نیز می‌تواند مؤثر و مفید واقع شود.

از دانشمندان مکتب اصولی و کتاب‌های آنها در انتهای کتاب یاد شده و در اینجا به نام چند نفر از قدمای آنان اشاره می‌شود:

علم‌الهدیٰ، سیّد مرتضیٰ (۴۳۶-۳۵۵ هـق) مؤلّف کتاب «الذریعة الی اصول الشریعه».

شیخ طوسی (۴۶۰-۳۸۵ هـق) مؤلّف کتاب «عُدّة الأُصول».

محقق حلّی (۶۷۶-۶۰۲ هـق) مؤلّف کتاب «المعتبر».

علاّمهٔ حلّی (۷۲۶-۶۴۸ هـق) مؤلّف کتاب «تهذیب».

آقا باقر بهبهانی (۱۲۰۸ هـق) مدافع مکتب اصولی در برابر اخباری‌ها.

این بزرگان آثار دیگری در علم اصول و آثار فراوانی در فقه و علوم دیگر دارند.

۲۳- *تحوّل و تکامل علم اصول*

مباحث علم اصول سالیان دراز بیشتر مربوط به بحث الفاظ بود، بررسی اجمالی کتب متقدمانِ اصول درستی این مطلب را تأیید می‌کند. برای نمونه می‌توان از کتاب معالم‌الأُصول نام برد که پس از طرح بعضی از مباحث الفاظ وارد بحث اوامر، نواهی، عموم و خصوص، مطلق و

مقیّد، مجمل و مبین، اجماع، حجیّت خبر واحد، نسخ، استصحاب و اجتهاد و تقلید می‌شود که اکثر این مباحث در اطراف «لفظ» دور می‌زنند. البته منحصر به مبحث الفاظ نمی‌باشد چنانکه می‌بینیم قیاس و استصحاب و اجتهاد و تقلید نیز در معالم آمده است. لکن تا این اواخر روش اصولیین این بود که بیشتر در مباحث الفاظ و کمتر در مباحث ادلّهٔ عقلی بحث می‌کرده‌اند و این روش تا عصر عالم بزرگوار شیخ مرتضیٰ انصاری[1] ادامه داشت.

شیخ انصاری (۱۲۱۴ تا ۱۲۱۸ هق) مباحث الفاظ را بی کم و کاست در حوزهٔ درس خود که صدها مجتهد حضور داشته‌اند تدریس نموده است. قسمت‌هایی از آن به نام تقریرات شیخ انصاری وسیلهٔ شاگردانش تهیّه شده که از جمله آنهاست کتاب «مطارح‌الانظار» گردآوری شده وسیلهٔ مرحوم میرزا ابوالقاسم کلانتر. وی هم‌چنین مباحث ادلّهٔ عقلی را مشروحاً و مفصل‌تر از پیشینیان مطرح نموده و مورد تجزیه و تحلیل قرار داده است و خود شخصاً کتاب «فرائدالأصول» مشهور به «رسائل» را در ادلّهٔ عقلی به رشتهٔ تحریر درآورده که مفصل‌ترین کتاب در ادلّهٔ عقلی است و شرح‌ها و حواشی مفصلی نیز مانند «حاشیهٔ آشتیانی» بر آن نوشته شده است.

شیخ انصاری در کتاب فرائدالأصول یا «رسائل» مباحث قطع، ظنّ، حجیّت ظنّ مطلق و امارات ظنّ‌آور و اصول عملیه: (برائت، استصحاب، اشتغال و تخییر) را به طور کامل مورد بحث و بررسی قرار داده و آنچه شایسته و بایسته بوده نوشته است و می‌توان گفت این دانشمند بزرگوار با تدریس مفصل و نوشتن کتاب نفیس «رسائل» در علم اصول تحوّلی عظیم بوجود آورده است. در حقیقت تکمیل آنچه به صورت ناقص معمول بوده و به مرحلهٔ تحوّل و دگرگونی رسانیدن فکری که سابقاً وجود داشته است منحصر به شیخ مرتضیٰ انصاری می‌باشد. جلد دوّم قوانین‌الأصول میرزاابوالقاسم قمی نیز در ادلّهٔ عقلی است ولی از مقایسه آن با جلد اوّل بخوبی روشن می‌شود که تا زمان میرزای قمی و حتّیٰ نزد او ادلّهٔ عقلی در درجهٔ دوّم اهمیّت بوده است.

بنابراین بدون تردید می‌توان گفت بحث ادلّهٔ عقلی و اصول عملی را تا آن زمان هیچ کس بهتر از شیخ مرتضیٰ انصاری در کتاب رسائل طرح و بحث و نقد نکرده است.

مطالعهٔ کتاب متاجر «مکاسب» شیخ انصاری نیز مطلب بالا را مدلل می‌سازد. مکاسب کتابی فقهی است و شیخ انصاری در این کتاب اوّل مکاسب محرمه را مورد بحث تفصیلی قرار

۱- برای آشنائی بیشتر با مقام علمی و اخلاقی شیخ انصاری و ارزش دو کتاب متاجر و رسائل او به مقاله‌ای نوشته این نگارنده در شمارهٔ ۲۸ نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی (آذرماه ۱۳۷۱) مراجعه شود.

داده بعد کتاب بیع و خیارات را نوشته است و در هر فرع از این کتاب همان ادلّه و اصولی را که در کتاب «رسائل» اثبات نموده مورد استفاده قرار داده و حکم هر فرع را وسیلهٔ آنها استنباط کرده است.

روش استفاده از اصول عملی و ادلّهٔ عقلی بدین حد از کمال از مختصات شیخ انصاری است او هر چه را در «رسائل» نوشته در مکاسب به کار برده است و بدین ترتیب اثر و ارزش ادلّهٔ عقلی را در فقه محرز و مسلم ساخته است.

آوردن شاهد و مثال از فروع مسائل مکاسب در اینجا مناسب به نظر نمی‌رسد و تنها می‌توان به این نکته اشاره نمود که روش شیخ در مکاسب چنین است که هر فرع را پس از نقل اقوال فقها، ابتدا با دلائل لفظی از قرآن و سنّت و نیز با اجماع مورد بررسی قرار می‌دهد و سپس به «تأسیس اصل» می‌پردازد، بدین معنا که به فرض اینکه دلیلی لفظیَ در بین نباشد، یا تمام نباشد، حکم مسأله با استفاده از ادلّهٔ عقلی و اصول عملی چه خواهد بود و در صورت شك به چه اصل عملی می‌توان عمل کرد؟

به طور خلاصه تحوّل علم اصول و استفاده کامل از ادلّهٔ عقلی و اصول عملی توسط شیخ انصاری در ضمن دو کتاب مهمّ او «رسائل» و «مکاسب» بعمل آمده است.

پس از شیخ انصاری بزرگان علمای مذهب شیعه این روش را ادامه داده‌اند چنانکه آخوند ملاّ کاظم خراسانی، میرزای نائینی و آقا ضیاءالدّین عراقی هر یك اهتمام خاصّی به ادلّهٔ عقلی و اصول عملی داشته‌اند و در کتاب‌های خود: کفایه، تقریرات نائینی (که توسط شاگردانش جمع‌آوری شده)، مقالات‌الأصول عراقی و بدایع‌الأفکار (تقریرات او) حقّ مطلب را ادا کرده‌اند.

۲۴ـ علم اصول فقه و حقوق موضوعه

به طوری که از نوشته‌های پیش اجمالاً و از مطالبی که بعد خواهد آمد تفصیلاً فهمیده می‌شود در علم اصول فقه از قواعدی بحث می‌شود که برای استنباط احکام شرع اسلام در فروع و مسائل عملی مفید و مؤثّر باشد. اکنون که تقریباً در تمام کشورها حکومت شرعی به پایان رسیده و قوانین موضوعهٔ کشوری لازم‌الإجراست، این پرسش پیش می‌آید که آیا علم اصول فایده‌ای دارد یا نه؟ در آغاز به نظر می‌رسد جواب این سؤال منفی باشد زیرا اصول برای فهمیدن احکام شرعی و موضوعات مربوط به آن است و با فرض از بین رفتن حکومت شرعی دیگر فایده‌ای برای آن متصوّر نیست جز فایدهٔ علمی آن هم در حدّ یك مطالعه تاریخی. لکن این نظر خیلی سطحی است و با کمی دقت می‌توان به تأثیر علم اصول فقه در حقوق موضوعه پی

برد و ما در دو عنوان جداگانه به این مطلب می‌پردازیم: اوّل در حقوق موضوعه به طور کلّی، دوّم در حقوق ایران.

۲۵- تأثیر علم اصول فقه در حقوق موضوعه به طور مطلق

اگرچه غرض از علم اصول فقه یعنی هدفی که با در نظر گرفتن آن علم اصول را بوجود آورده‌اند، خاص و مخصوص فقه اسلامی و احکام شرعی است ولی منفعت آن عام است[۱]. بدین معناکه می‌توان آن را در حقوق موضوعه نیز مورد استفاده قرار داد زیرا بسیاری از قواعدی که براثر بحث و گفتگو دراین علم پی‌ریزی می‌شود، قابل تطبیق بر هر حقوقی می‌باشد. مثلاً در علم اصول فقه از دلالت الفاظ، اوامر، نواهی، عام و خاص، مطلق و مقیّد، مجمل و مبین، نسخ و غیره بحث می‌شود. همهٔ قوانین این موضوعات را دارند و می‌توان از این مباحث در آن قوانین استفاده کرد. امّا باید دید بر حسب مقررات هر کشوری به چه نحو می‌توان از اصول در حقوق آن کشور استفاده کرد؟ و یا اینکه مباحث اصول عملیه: برائت، استصحاب و تخییر از مباحثی است که مسلماً در هر حقوقی می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد. البتهٔ ممکن است اِعمال اینها در قوانین کشورهای مختلف یکسان نباشد اما این امر به اصل مطلب که تأثیر اصول در حقوق موضوعه است، صدمه نمی‌زند و مانند اختلاف عقیدهٔ اصولیین در مسائل اصولی است.

به عبارت دیگر اصول وسیله و ابزاری است که با آنها قوانین بر موارد و مصادیق خود تطبیق داده می‌شوند و اگرچه این علم در اسلام و برای تطبیق مبانی اسلامی طرح‌ریزی و بنیاد شده ولی نتیجه و اثر آن به هیچ وجه منحصر به حقوق اسلام نیست.

در این جا تنها یك نکته وجود دارد و آن این است که بعض موضوعات اصول فقه منحصر به اسلام است و در حقوق سایر کشورها وجود ندارد. مثلاً بحث حجیّت اخبار در حقوق موضوعهٔ کنونی مصداق ندارد و این، به اصل مطلب یعنی تأثیر اصول فقه در حقوق موضوعه لطمه نمی‌زند. زیرا عدم امکان استفاده از قسمتی از علم اصول در حقوق موضوعه، به واسطه‌ی فقدان موضوع بحث است نه به واسطهٔ نارسایی یا عدم تطبیق مباحث اصولی.

۲۶- تأثیر اصول در حقوق ایران

گذشته از آنکه آنچه دربارهٔ حقوق به طور مطلق گفته شد شامل حقوق ایران هم می‌شود، در حقوق ایران علم اصول فقه تأثیر متمایزی دارد. زیرا می‌دانیم که قسمت مهمّ حقوق

۱- *تقریرات اصول* مرحوم استاد شهابی، صفحهٔ ۲۳.

خصوصی ایران مقتبس یا متأثر از فقه اسلامی است. مثلاً قانون مدنی ایران بیشتر از کتب فقهی امامیه گرفته شده و حتّیٰ اصطلاحات عقود و ایقاعات و شروط و غیره که در آن به کار رفته همان اصطلاحات فقهی است و چون استفاده از فقه امامیه بدون اصول فقه غیرممکن است از این رو باید پذیرفت که علم اصول فقه تأثیر بسزائی در فهم و درك حقوق موضوعهٔ ایران دارد و برای حقوق ایران ناچار باید «اصول فقه» دانست. (برای توضیح بیشتر به شماره ۲۸ مراجعه شود).

۲۷- تدریس اصول در دانشکدهٔ حقوق

از آغاز تأسیس دانشکدهٔ حقوق، فقه و اصول جزو برنامهٔ این دانشکده بوده است. در مورد اصول، در سال‌های اخیر دیده شده که رغبت دانشجویان نسبت به آن کمتر و احساس اینکه این درس از دروس بسیار مشکل است زیادتر شده و نتیجه و فایده‌ای هم که از این درس برده شده به تدریج رو به کاهش نهاده. چرا چنین است علّت آن چیست و راه حلّ کدام است؟ علّت آن چند چیز است که مهمترین آنها عدم آمادگی و آشنا نبودن دانشجویان حقوق به مقدمات و اطلاعات لازم برای این درس است.

تدریس این علم که جزو علوم اسلامی است و در حوزه‌های علمیه از قدیم تاکنون به طلاب علوم دینی تدریس می‌شود، زمانی آغاز می‌شود که طلاب؛ علوم: صَرف، نحو، لغت، منطق و فقه را سالها نزد استاد فراگرفته و به علوم دینی دیگر آشنایی یافته و آمادگی برای فهمیدن علم اصول فقه پیدا کرده‌اند و آن وقت هم با شروع از کتاب‌های نسبتاً آسان و با تحصیل مداوم چند ساله و خواندن چند کتاب می‌توانند امیدوار باشند که «کمی» اصول فهمیده‌اند. در حالی که دانشجویان حقوق بدون داشتن هیچ یك از این مقدمات و بدون آشنایی کافی به علوم عربی می‌خواهند اصول بخوانند. بدیهی است که با این وضع، فراگیری علم اصول فقه کاری آسان نیست. این مشکل هنوز هم باقی است و به نظر می‌رسد راه حلّ آن این است که علم اصول را به تدریج تدریس کنند بدین نحو که در سال دوّم دانشکده اصطلاحات و مطالب کلّی و آسان اصول، در سال سوّم قسمتی از اصول بدون ورود در مباحث مشکل آن و سرانجام در سال چهارم اصول را چنانکه تاکنون در دانشکده تدریس می‌شده تدریس نمایند.

علل دیگر مربوط می‌شود به سبك نگارش کتب درسی مربوط به این درس، بیان و کیفیت تدریس آن، که در این کتاب سعی شده تا آنجاکه ممکن است این نقائص رفع شود.

با در نظر گرفتن این علل است که در این کتاب فقط قسمت‌های مربوط به حقوق، از

اصول فقه، برگزیده شده و با آوردن مثال‌های حقوقی و کمك گرفتن از معلومات خود دانشجویان و با ساده‌نویسی در حدّ امکان، مشکل اصول فقه تا حدّ زیادی آسان شده تا درك و فهمش با استعداد متوسّط دانشجویان ممکن گردد.

۲۸- در وضع حاضر

آنچه در چاپ‌های پیشین دربارهٔ ارتباط علم اصول و حقوق موضوعه نوشته شده پیش از جمهوری اسلامی بوده. در دورهٔ جمهوری اسلامی، با توجّه به اینکه قانون اساسی وضع نمودن هر گونه قانون خلاف اسلام را منع کرده و قوانین کشور از این پس باید منطبق با قوانین اسلامی باشد، فقه اسلامی یا به طور مستقیم یا به صورت قانون مصوب مجلس، حقوق موضوعهٔ کشور ایران خواهد شد. در این صورت احتیاج به علم اصول فقه بسیار واضح و روشن است و فقه و اصول فقه نه فقط برای کمك به فهم قوانین موضوعه بلکه خود مستقلاً مطلوب و مورد توجه واقع خواهد شد.

این امر ضرورت تجدیدنظر در برنامهٔ دروس دانشکدهٔ حقوق را به دنبال دارد و لازم است که تعداد واحدهای دروس حقوق اسلامی و از جمله این درس افزایش یابد.

بخش دوم

تعریف، موضوع و فایدهٔ علم اصول فقه[1]

۲۹- تعریف اصول فقه

مقدمه - در برنامهٔ پیشین دانشکدهٔ حقوق درسی بود به نام «اصول فقه» و در برنامهٔ بعدی آن را «مبانی استنباط حقوق اسلامی» نام نهاده‌اند. شاید به این علّت که خواسته‌اند:

اوّلاً- عنوان حقوقی داشته باشد تا مناسبتش با دروس برنامهٔ دانشکدهٔ حقوق از اسمش روشن باشد.

ثانیاً- زیر این عنوان میزانی از اصول فقه که با حقوق به اصطلاح امروزی مرتبط است، گفته و نوشته شود.

زیرا اصول فقه دارای مباحث بسیاری است که برای استنباط احکام شرعی اعم از عبادات و معاملات و غیره به کار می‌رود و همهٔ آنها برای دانشکدهٔ حقوق لازم دانسته نشده. بنابراین باید گفت این درس قسمتی از دروس اصول فقه است نه تمام آن. به هر حال اکنون که روشن شد که عنوان مبانی استنباط حقوق اسلامی همان عنوان اصول فقه است می‌توانیم آن را با همان تعریف اصول فقه تعریف کنیم.

علم اصول فقه را چنین تعریف کرده‌اند: دانستن قواعدی است که برای استنباط احکام شرعی آماده شده و به کار می‌رود[2]. و ما می‌توانیم درس مبانی استنباط حقوق اسلامی را چنین تعریف کنیم: «دانستن قواعدی است که برای استنباط حقوق اسلامی لازم است» در این

۱- مولّفان اسلامی در مقدمهٔ کتب خود علاوه بر این سه - پنج چیز دیگر را نیز می‌نوشته‌اند که فعلاً معمول نیست. و آن را به نام رؤوس ثمانیه می‌نامیدند.

۲- این، ترجمهٔ تعریف مشهور اصول است که مورد انتقاد فراوان قرار گرفته و اصولیون متأخر آن را ناقص دانسته‌اند و خود هر یك تعریفی کرده‌اند که به بعض آنها در *تقریرات اصول* مرحوم استاد شهابی اشاره شده، صفحهٔ ۱۰ و ۱۱، انتشارات دانشگاه تهران. شمارهٔ ۳۶.

تعریف و در عنوان درس کلماتی وجود دارد که باید توضیح داده شود: استنباط، حقوق اسلامی و مبانی.

استنباط - استنباط به معنای استخراج و درآوردن است و در اصطلاح حقوق می‌توان گفت مرادف اجتهاد است و منظور از آن این است که بتوان قواعد کلّی را بر مصادیق فرعی منطبق نمود و حکم فروع را از اصول استخراج کرد. مثلاً مادهٔ ۱۱۰۶ قانون مدنی می‌گوید: «در عقد دائم نفقهٔ زن به عهدهٔ شوهر است» و مادهٔ ۱۱۰۸ همان قانون می‌گوید: «هرگاه زن بدون مانع مشروع از ادای وظایف زوجیت امتناع کند مستحق نفقه نخواهد بود». حال هرگاه در دعوایی که بین زن و شوهری مطرح است تشخیص دهیم که شوهر مخارج زندگی زنش را نمی‌پردازد و به استناد مادهٔ ۱۱۰۶ قانون مدنی او را محکوم به پرداخت نفقه نمائیم، حکم فرعی را از اصلی بدست آورده یا مصداقی فرعی را با قاعده‌ای کلّی منطبق ساخته‌ایم و به اصطلاح اجتهاد نموده، استنباط کرده‌ایم. و هرگاه برعکس به استناد مادهٔ ۱۱۰۸ قانون مدنی زن را به علّت عدم تمکین در دعوای مزبور محکوم نمائیم، باز یك استخراج حکم فرع از اصل، یك انطباق مصداق فرع بر قاعدهٔ کلّی و یك اجتهاد و استنباط انجام داده‌ایم.

حقوق اسلامی - حقوق اسلامی اصطلاحی است که در دانشکده حقوق پیدا شده و به کار می‌رود و منظور از آن دانستن روابط میان مردم براساس دین اسلام است. این اصطلاح در فقه و اصول فقه دیده نمی‌شود و کلمهٔ حقوق در فقه و اصول به معنای جمع حقّ به کار برده شده.

مبانی - این کلمه در تعریف نیست ولی در عنوان درس دیده می‌شود، در اصطلاح اصول فقه مبانی (اگر به کار رود) جمع مبنا به معنای پایه، اساس و علّت است لکن در حقوق امروز مبانی را به معنای قواعد کلّی به کار می‌برند و وقتی می‌گویند «مبانی استنباط حقوق اسلامی» منظور قواعد کلّی و عام است که در استنباط حقوق اسلامی به کار می‌رود.

۳۰- موضوع درس

اصولیین در تعریف موضوع علم و موضوع علم اصول مباحث مفصلی دارند که جای بحث آن اینجا نیست. متأخرین پس از نقد و بررسی اقوالی که در این باره وجود دارد سرانجام به این نتیجه رسیده‌اند که: هر چیزی که بتواند در طریق استنباط حکم شرعی قرار گیرد، موضوع علم اصول فقه است[1].

۱- عبارت کفایه در این بحث چنین است: «... *مَوْضُوعُ عِلْمِ الأصولِ هُوَالْكُلّيُّ الْمُنْطَبِقُ عَلىٰ موضوعاتِ*

و بدین ترتیب می‌توان گفت موضوع درس مبانی استنباط حقوق اسلامی نیز محدود و منحصر به چیزی نیست بلکه هر چیزی که بتواند وسیلهٔ استنباط حقوق اسلامی قرار گیرد می‌تواند موضوع این درس واقع شود. مثلاً قرآن یکی از منابعی است که در استنباط حقوق اسلامی از آن استفاده می‌شود پس قرآن یکی از موضوعات این درس است. سنت، اجماع، عقل و قیاس موضوعات دیگر این درس می‌باشند ولی نه به قید انحصار، بدین معنا که اگر منبعی دیگری هم بتواند وسیلهٔ استنباط حقوق اسلامی قرار گیرد، آن هم موضوع دیگری برای این علم خواهد بود.

برخی از بزرگان موضوع علم اصول فقه را «حجت در فقه» دانسته‌اند[1].

۳۱- فایدهٔ این درس

علم اصول فقه برای استنباط احکام شرعی تدوین گردیده و بنابراین فایده، غرض و غایت آن فهمیدن حکم روابط مردم با یکدیگر بر طبق دستور اسلام است.

امّا چرا ما این درس را می‌خوانیم؟ آیا می‌خواهیم احکام اسلام را استنباط و اجتهاد کنیم؟ آیا دانشجوی حقوق می‌خواهد مجتهد شرعی شود که این درس را لازم داشته باشد؟ و آیا دانشکدهٔ حقوق برای تربیت متخصص حقوق اسلامی این درس را در برنامه گذارده است؟ خیر. دانشکدهٔ حقوق نه می‌خواهد و نه می‌تواند با یك درس، متخصص حقوق اسلامی تربیت نماید. نه دانشجوی حقوق می‌خواهد مجتهد شرعی شود و نه ما می‌خواهیم احکام اسلامی را استنباط نمائیم. با این همه، علت خواندن این درس برای دانشجویان حقوق مفید و لازم دانسته شده و در برنامهٔ اجباری دروس دانشکدهٔ حقوق گذارده شده است. چرا؟ برای اینکه آشنایی با طرق و وسائل استنباط حقوق اسلامی قدرت و توانائی خاصّی بوجود می‌آورد که برای دانشجوی حقوق امروز و قاضی، وکیل، مشاور حقوقی و یا حقوقدان فردا لازم است. برای اینکه پی بردن به روش استنباط حقوق اسلامی بینش و بصیرتی بوجود می‌آورد که برای درك و فهمیدن مسائل حقوقی ضروری است. و خلاصه برای اینکه روش استنباط و وسائل و طرق

ادامه پاورقی از صفحه قبل

مسائِلِه‌المَتَشتّتِة» یعنی موضوع علم اصول کلی‌ای است که بر موضوعات مسائل پراکندهٔ آن انطباق یابد. *کفایةالاصول*، آخوند ملا کاظم خراسانی، چاپ طاهر، جلد اوّل، صفحه ۶.

۱- مرحوم آیةالله بروجردی، *حاشیه کفایه*، موضوع علم اصول فقه.

استنباط حقوق اسلام روش و وسائل و طرقی است که حتّیٰ در حقوق موضوعه نیز از آن استفاده می‌شود. در این مورد نوشتهٔ یکی از حقوقدانان می‌تواند مؤید این مطلب باشد: «برای فهم مواد قوانین کشوری و همچنین استنباط احکام از آنان باید با اصول آشنا بود و توانست قواعد آن را در مورد لزوم به کار برد[1]».

لازم به یادآوری است که علم اصول فقه قرنهاست به عنوان وسیله و ابزار کار فقهای اسلام مورد بحث و انتقاد و استفاده بوده و در طول قرون متمادی موضوعات و مباحث آن چنان تکامل یافته است که در کمتر رشته‌ای از علوم نظیر آن را می‌توان یافت. آنقدر وسیع و آنچنان عمیق و دقیق بررسی شده که می‌توان ادعا کرد که به حدّ کمال خود رسیده است. بدیهی است که چنان ابزار ساخته پرداخته‌ای را نباید در استنباط حقوق نادیده گرفت. به طور خلاصه:

درس مبانی استنباط حقوق اسلامی را از آن جهت می‌خوانیم که در حقوق موضوعه مورد استفاده قرار می‌گیرد.

مثلاً قانون آئین دادرسی مدنی ایران در مادهٔ ۱۹۷ می‌گوید: «اصل برائت است بنابراین اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد باید آن را اثبات کند و اِلاّ مطابق این اصل حکم به برائت مدّعیٰ‌علیه خواهد شد». این اصل برائت که در قانون آئین دادرسی مدنی ایران آمده نتیجه و حاصل مباحث مفصل اصولیین است که قرنها در بارهٔ آن صحبت نموده‌اند، کتابهای متعدد دربارهٔ آن نوشته‌اند، آن را ثابت کرده‌اند و حدود و قیود و شرائط و موارد و مصادیق استفاده از آن را بیان داشته‌اند و کسی که بخواهد این ماده را بفهمد و بدرستی به کار بندد ناچار است برائت را در علم اصول فقه خوانده باشد.

مثال دیگر مادهٔ ۱۹۸ همان قانون می‌گوید: «در صورتی که حق یا دینی بر عهدهٔ کسی ثابت شد، اصل بقاء آن است مگر اینکه خلافش ثابت شود». این مادهٔ مختصر عصاره و چکیدهٔ مباحث بسیار مشروح و مبسوط «استصحاب» است که سالیان دراز موضوع بحث و گفتگوی اصولیون بوده و گفتنی‌های آن را گفته‌اند و چیزی ناگفته نگذاشته‌اند و قاضی یا وکیل یا مشاور حقوقی و یا حقوقدان وقتی می‌تواند از این ماده استفاده کامل کند که قبلاً در علم اصول فقه استصحاب را کاملاً خوانده باشد.

از آنچه گفته شد، این نتیجه بدست می‌آید که درس اصول فقه، برای رشتهٔ حقوق مفید است، نه به جهت اینکه دروس حقوق اسلامی جزو برنامهٔ دانشکدهٔ حقوق می‌باشد بلکه خود

۱- مرحوم دکتر امامی، مقدمهٔ جلد دوم **حقوق مدنی**، چاپ چهاردهم، صفحهٔ ۲۶.

ذاتاً و اصلاً برای رشتهٔ حقوق مفید و لازم می‌باشد.

۳۲- غرض و منفعت

در پایان این بحث بی‌فایده نیست به یك اصطلاح اشاره شود که مورد استعمال صحیح چند کلمه را روشن سازد. **غرض و غایت** اثری است که با در نظر گرفتن آن، کاری انجام یا چیزی درست شود. **منفعت** اثری است که از کاری یا چیزی بدست آید بدون اینکه قبلاً در نظر گرفته شده باشد: مثلاً دانشجوئی می‌خواهد لیسانس حقوق بگیرد بخاطر اینکه قاضی یا وکیل دادگستری شود این اثر را که قبلاً در نظر گرفته شده است غرض و غایت گویند ولی پس از آنکه لیسانس گرفت به هنگام خدمت نظام درجه بالاتری هم خواهد گرفت این نتیجه که قبلاً در نظر گرفته نشده منفعت نامیده می‌شود.

در مورد بحث ما اصول فقه برای استنباط احکام شرعی بوده، در حالی که می‌توان از آن در استنباط احکام حقوق موضوعه نیز استفاده کرد. اثر اوّل را غرض و علّت و اثر دوّم را منفعت گویند[۱].

۳۳- تقسیم‌بندی علم اصول فقه

قدما مباحث اصول فقه را به دو مبحث و یک خاتمه تقسیم می‌کردند: مباحث اصول لفظی و مباحث اصول عملی و امارات و در خاتمهٔ آن بحث تعارض ادلّه را می‌آوردند. نمونه‌ای از این تقسیم‌بندی را می‌توان در کتاب کفایةالاصول آخوند خراسانی یافت. ولی متأخرین این علم را به چهار مبحث و یك خاتمه تقسیم کرده‌اند: مباحث الفاظ، مباحث عقلی، مباحث حجّت، مباحث اصول عملی و خاتمه در بیان تعارض ادله. این تقسیم‌بندی را ظاهراً شیخ محمّد حسین اصفهانی متوفا به سال ۱۳۶۱ قمری مطرح کرده است[۲].

در این کتاب روش نخست برگزیده شده و هر موضوع کلی در گفتاری قرار داده شده است. به علاوه ادله استنباط احکام نیز در گفتاری خاص مطرح شده‌اند که دانشجویان حقوق تا حدی با آن ادله، مباحثی که دربارهٔ آنها به‌میان آمده و اصطلاحاتی که در آنها به کار رفته است، آشنا شوند. بدین ترتیب این تقسیم‌بندی تلفیقی است از هر دو روش گفته شده.

۱- *تقریرات اصول* مرحوم استاد شهابی، صفحهٔ ۲۳-۲۲.

۲- *اصول‌المظفر*، جلد یکم، ۱۹۶۶ م، صفحهٔ ۷، پاورقی.

گفتار اوّل: «وضع» الفاظ

۳۴- مباحث مربوط به وضع الفاظ

تحت این عنوان مباحث متعددی است که برخی از آنها جزو برنامه است و برخی نیست در اینجا از همهٔ آنها نام برده[۱] و بعد تنها به بیان آنچه جزو برنامه است اکتفا خواهد شد.

۱- تعریف وضع لفظ و اقسام آن.

۲- وضع مَجازات (بفتح میم، جمع مَجاز).

۳- به کار بردن لفظی در نوع، صنف و شخص آن.

۴- معنا موضوعٌ له است یا معنای مراد.

۵- وضع مرکبات (یعنی کلمات مرکب و جمله).

۶- علائم حقیقت و مَجاز.

۷- حالات پنجگانهٔ الفاظ و تعارض آنها.

۸- حقیقت شرعی.

۹- صحیح و اعم. مشهور اصولیین معتقدند به وضع الفاظ برای صحیح.[۲]

۱۰- اشتراك.

۱۱- ترادف مانند: «دیون و واجبات مالی متوفا» مذکور در مادهٔ ۸۶۹ ق.م.

۱۲- مشتق یعنی اگر متعلق حکم عنوانی باشد که منقضی شده است آیا حکم آن باقی می‌ماند؟ مثلاً اگر بگویند: «قاضی را نمی‌توان به‌عنوان شاهد احضار کرد» آیا این حکم شامل قاضی بازنشسته هم می‌شود؟[۳]

۱- فهرست این عنوان از کتاب ***کفایة‌الاصول*** آخوندملاّکاظم‌خراسانی گرفته شده،جلداوّل، چاپ طاهر، صفحهٔ ۱۰ به بعد.

۲- مأخذ پیش، ج ۱، ص ۵۰

۳- مثال‌های دیگر برای مشتق :

این بحث فایدهٔ عملی زیادی ندارد.

از این دوازده بحث فقط معنای وضع لفظ و اقسام آن، حقیقت و مجاز و اقسام آن‌ها، موضوع حکم و اقسام آن و حقیقت شرعی توضیح داده خواهد شد.

۳۵- معنای وضع لفظ

وضع در لغت به معنای گذاشتن و قرار دادن است. در اصطلاح اصول فقه و منطق نیز تقریباً در همین معنا به کار رفته و منظور از آن قرار دادن[1] لفظی در برابر معنایی است چنانکه کسی نام فرزند خود را هوشنگ می‌گذارد یا شهرداری برای خیابانی نام «امیرکبیر» را معیّن می‌کند در مثال اوّل: فرزند، موضوع له؛ کلمهٔ هوشنگ، موضوع؛ پدر، واضع و عمل او را وضع گویند و در مثال دوّم: خیابان موضوع له، کلمهٔ «امیرکبیر» موضوع ؛ شهرداری واضع و عمل را وضع نامند.

پس از انجام وضع، لفظ بر معنا دلالت می‌کند یعنی وقتی می‌گویند «هوشنگ» کسانی که از مراسم نامگذاری اطلاع یافته‌اند، می‌فهمند که منظور نوزاد است و وقتی می‌گویند «خیابان امیرکبیر» خیابان معینی به نظر کسانی که از این نامگذاری آگاهند می‌رسد.

پس وضع یکی از اسباب دلالت است، لفظ را «دالّ» و معنا را «مدلول» و به اعتباری نیز «مفهوم» می‌نامند.

در اصطلاح حقوق «وضع قانون» به معنای تصویب قانون است و در عرف عام مردم «وضع» به معنای «حال» است و می‌گویند: «اوضاع و احوال...».

ادامه پاورقی از صفحه قبل

- لاتَجْلِس لِلتَّغوط تَحتَ‌الشَّجرةِالمُثمرة. یعنی به‌هنگام قضای حاجت زیر درخت بارور منشین.

- لا تَتَوَضَّأ ولا تَغْتَسِلْ بِالْماءِالمُسَخَّن. با آب گرم شده وضو مگیر و غسل مکن.

- تَکرَهُ مُعاملةالادنَیْنَ، والمُحارِفینَ و ذَوِیالعاهاتِ و ذَوِیالشبهةِ فی اموالِهم. یعنی دادوستد با مردم پست، نامیمون، آفت‌زده و آنان‌که دارائیشان به حرام آلوده شده ناپسند است.

- اِنَّماالصَّدَقاتُ لِلْفُقَراءِ و...مصرف زکات عبارتند از فقراء و...

- و تمام مواردی که حکم متعلق به عنوانی باشد مانند اکرم‌العلماء.

۱- به تعریف بالا وضع، فعل و عمل واضع است ولی صاحب کفایه آن را صفت لفظ می‌داند و تعبیر از چنین است: «***الوضعُ هو نَحْوُ اختصاصِ اللفظِ بالمعنیٰ...***» جلد اوّل ***کفایه***، صفحهٔ دهم، امر دوّم.

۳۶-اقسام وضع لفظ

وضع لفظ را به لحاظی به وضع تعیینی و تعیّنی، یا تخصیصی و تخصّصی، تقسیم می‌نمایند[۱].

وضع تعیینی یا تخصیصی عبارت است از اینکه لفظی را برای معنایی معین نموده در برابر آن قرار دهند مانند مثالهائی که گذشت.

وضع تعیّنی عبارت است از اینکه لفظی در معنائی دیگر، یعنی غیر از معنای موضوع له، با قرینه و به مناسبتی به کار برود و به اصطلاح به طور مجاز استعمال شود و بقدری این استعمال زیاد شود که پس از چندی هر وقت آن لفظ بدون قرینه به کار برده شود همین معنای دوّم فهمیده شود چنانکه کلمهٔ قانون در اوّل به معنای «خط کش» بوده[۲] و بعد به واسطهٔ استعمال زیاد در معنای فعلی که معنای مجازی آن بوده اکنون فقط همین معنا از آن فهمیده می‌شود.

به عبارت دیگر وضع تعیینی یا تخصیصی در اثر جعل و قرار دادن و انشاءِ واضع بوجود می‌آید و وضع تعیّنی یا تخصّصی در اثر کثرت استعمال محقق می‌گردد.

۳۷-اقسام وضع تعیینی

وضع تعیینی نیز دوگونه است: گاهی در اثر جعل و قرارداد و انشاءِ صریح واضع بعمل می‌آید مانند اینکه به هنگام نامگذاری نوزاد، بزرگ خانواده تصریح کند که نام او هوشنگ است و گاهی در اثر جعل و قرارداد و انشاءِ ضمنی بعمل می‌آید مانند اینکه بزرگ خانواده نوزاد خود را هوشنگ صدا کند و بدین ترتیب عملاً نام او را هوشنگ بگذارد[۳].

۳۸-حقیقت و مَجاز

پس از آنکه معنای وضع لفظ و اقسام آن دانسته شد، اینك می‌توان به بیان دو اصطلاح بسیار مشهور در اصول فقه پرداخت و آن دو، اصطلاح «حقیقت و مجاز» می‌باشند.

۱- تعبیر وضع تعیینی و تعیّنی از صاحب کفایه (جلد اوّل، صفحهٔ ۱۰، امر دوّم) و تعبیر وضع تخصیصی و تخصصی از حاج میرزا هادی سبزواری است (**منظومهٔ** منطق، صفحهٔ ۱۳، در دلالات).

۲- هو لفظٌ یونانی او لفظٌ سریانی موضوعٌ فی‌الاصلِ لِمسطَرِالکتابةِ: **حاشیه ملاّ عبدالله درمنطق**، صفحهٔ ۲۵، چاپ عبدالرحیم.

۳- ***کفایه***، آخوند ملّا کاظم خراسانی، جلد اوّل، امر نهم، از صفحهٔ ۲۹ الی ۳۳.

حقیقت لفظی است که در «ما وضع له» به کار رفته باشد و مجاز لفظی است که در «غیر ما وضع له» به کار رفته باشد[1] مثلاً کلمهٔ مرد برای جنس مذکر وضع شده هر گاه به همین معنا به کار برده شود می‌گویند در معنای حقیقی استعمال شده و حقیقت است ولی هرگاه به زنی، بخاطر کاری که در خور مردان است انجام داده باشد، بگویند «مرد» در این مورد کلمهٔ مرد در «غیر ما وضع له» به کار برده شده و مجاز است و برعکس هرگاه به مردی به واسطهٔ اخلاق و رفتاری زنانه بگویند «زن» کلمهٔ زن در اینجا مجاز است.

مثال دیگر: کلمهٔ «دکتر» عنوانی است برای کسی که دورهٔ معیّنی از تحصیلات دانشگاهی راگذرانیده و پس از طی مراحلی طبق مقررات، این عنوان را احراز نماید. هرگاه این کلمهِ نسبت به چنین شخصی به کار برده شود حقیقت است امّا اگر به دانشجویی که هنوز در طی طریق و نیمه راه تحصیل است به طور تعارف‌آمیز بگویند «دکتر» در این مورد مجاز است.

مثال سوم – حکم بموجب تعریف قانون (مادهٔ ۲۹۹ آئین دادرسی مدنی قدیم) تصمیمی است که در ماهیت دعوا بوده و قاطع اختلاف باشد این معنای حقیقی آن است. پس هرگاه تصمیم دادگاه ردّ دعوا به علّت مرور زمان باشد، به کار بردن کلمهٔ حکم در مورد آن مجاز است.

مثال چهارم – دادنامه بموجب مادهٔ ۱۵۸ آئین دادرسی مدنی قدیم پاکنویس حکم است ولی معمولاً پیش‌نویس آن را نیز دادنامه می‌گویند این کلمه در معنای اوّل حقیقت و در معنای دوّم مجاز است.

مثال پنجم – به کار بردن کلمهٔ «اجازه» به جای «إذن» در مادهٔ ۱۰۴۳ قانون مدنی مجاز است.

مثال ششم – ضامن در ماده ۱۰۱۳ ق.م. مجاز است.

مثال هفتم – «قیّم» در مادهٔ ۱۱۷۱ ق.م. مجاز است.

مثال هشتم – «قیمتی» در ماده ۸۰۸ ق.م. مجاز است زیرا منظور ماده معادل قیمت است نه خود آن. برای فهم بهتر مطلب به موادّ مزبور مراجعه شود.

نکته‌ای که از این مطالب فهمیده می‌شود و باید به آن توجّه داشت، این است که «حقیقت» و «مجاز» صفت لفظ است یعنی کلمهٔ مرد برای جنس مذکر حقیقت و برای جنس مخالف آن مجاز است؛ معنا و استعمال را حقیقت و مجاز نمی‌گویند، بلکه می‌گویند معنای حقیقی، معنای مجازی و استعمال حقیقی، استعمال مجازی.

۱– ***قوانین‌الاصول***، میرزای قمی، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۳، چاپ عبدالرحیم.

۳۹- علامت حقیقت و مجاز[1]

طرق بازشناسی حقیقت از مجاز عبارتند از: تصریح واضع، تبادر، عدم صحت سلب و اطراد. مهم‌ترین اینها تصریح واضع و تبادر است. از شمارهٔ ۳۴ تا ۳۶ به تصریح واضع اشاره شد و ذیلاً به بقیه اشاره می‌شود.

تبادر

تبادر عبارت است از اینکه یکی از معانی زودتر از بقیه از لفظ فهمیده شود مثلاً از کلمهٔ «ید» معنای دست زودتر از معانی دیگر به نظر می‌رسد، پس این معنای حقیقی آن است و استیلا معنای مجازی آن است و این معنا در جملهٔ «امارهٔ ید و تصرّف» به کار رفته است. تبادر علامت حقیقت و عدم تبادر یا تبادرِ غیرعلامت مجاز است.

عدم صحت سلب

صحتِ سلبِ معنائی ازلفظی علامت مجاز بودن و عدم صحت سلب آن علامت حقیقت بودن آن است مثلاً به مراجع رسیدگی اداری گاهی «دادگاه» می‌گویند امّا می‌توان گفت این مراجع دادگاه نیستند. پس هرگاه آنهارا دادگاه بنامیم مجازی هستند ولی به محاکم دادگستری نمی‌توان گفت «دادگاه نیستند» پس این استعمال حقیقی است. مثال دیگر کلمهٔ «مالك» گاهی در مورد ولی، وصی، قیم و وکیل هم به کار می‌رود، در حالی که نسبت به اینها صحت سلب دارد پس در اینها مجاز است امّا نسبت به مالك واقعی صحت سلب ندارد پس در آن حقیقت است.

مثال بیشتر: ولد و فرزند نسبت به زادهٔ از خود عدم صحت سلب دارد و حقیقت است ولی نسبت به نوه صحت سلب دارد و مجاز است.

بجای «عدم صحت سلب» می‌توان گفت: «صحت حمل» و بجای «صحت سلب» می‌توان گفت «عدم صحت حمل».

اِطّراد

کثرت استعمال لفظی در معنایی بدون قرینه، علامت حقیقت است و این را اطراد

۱- ***مطول***، تفتازانی، چاپ سنگی تهران، ۱۳۸۰، در بحث حقیقت و مجاز و ***قوانین‌الأصول***، میرزای قمی، جلد اوّل، صفحهٔ ۶ بحث حقیقت و مجاز.

می‌گویند. قلت استعمال لفظ نشانهٔ مجاز بودن است. مثلاً کلمهٔ تعهد غالباً در موردی به کار می‌رود که مدیون به ارادهٔ خود آن را عهده‌دار شده باشد و آنچه را قانون بر انسان تحمیل کرده باشد کمتر تعهد می‌گویند[۱]. پس تعهد در مورد اوّل اطراد دارد، و در آن حقیقت است و در مورد دوّم اطراد ندارد و مجاز است.

۴۰- *شرائط مجاز*

این سؤال پیش می‌آید که آیا می‌توان همیشه و همه جا لفظ را در معنائی جز آنچه معنای حقیقی آن است به کار برد یا به کار بردن لفظ در معنای مجازی تابع شرائطی است ؟

جواب این است که استعمال مجازی لفظ مشروط به دو شرط است: یکی علاقه و دیگری قرینه.

علاقه یا مناسبت عبارت است از ارتباط معنای حقیقی و مجازی مثل اینکه بین آن دو، شباهتی وجود داشته باشد چنانکه بین حکم به معنای واقعی و قرار ردّ دعوا این مناسبت و شباهت بچشم می‌خورد که هر دو، دعوا را تمام می‌کنند. اگر میان معنای حقیقی و مجازی ارتباطی وجود نداشته باشد، نمی‌توان لفظ را برای معنای دوّم به کار برد.

علاقه منحصر به علاقه شباهت نیست بعضی از ادبا انواع علاقه را تا ۲۵ نوع برشمرده‌اند[۲] و برخی آن را بیش از این دانسته‌اند و می‌گویند هرگونه مناسبتی که بین دو معنای حقیقی و مجازی خوشایند و ملائم طبع باشد کافی است حتیٰ اگر علاقه تضاد باشد چنانکه گفته‌اند: برعکس نهند نام زنگی کافور.

قرینه - منظور از قرینه به کار بردن علامت و نشانه‌ای است که نشان دهد معنای حقیقی منظور نیست و ذهن شنونده را از معنای حقیقی منصرف سازد و از این روی آن را قرینه صارفه نیز می‌گویند مانند سرو خرامان و لعل خندان.

مثال دیگر: در برخی از قراردادهای بین‌المللی نوشته می‌شود: «... موضوع برای داوری به یکی از دادگاههای ایران احاله خواهد شد» در اینجا کلمه «داوری» در معنای حقیقی به کار برده نشده بلکه مجازاً به معنای «رسیدگی قضائی» به کار برده شده است و کلمه «دادگاه» قرینه

۱- ***حقوق مدنی***، دکتر کاتوزیان، جلد اوّل، صفحهٔ ۲۳۲.

۲- ***قوانین‌الأصول***، میرزای قمی، جلد اوّل، در علائم حقیقت و مجاز، صفحه ۱۳.

این استعمال مجازی است.

اقسام قرینه - قرینه بر دوگونه است: صارفه، که به آن اشاره شد و معیّنه.

قرینه معینه آن است که برای تعیین معانی حقیقی لفظ مشترك به‌کار برده می‌شود. مانند مادۀ ۹۱۵ قانون مدنی که در آن ماده کلمه «پسر» دلالت می‌کند بر اینکه نوه از ترکه جد و جده، حبوه نمی‌برد و نیز کلمه «شمشیر» دلالت دارد بر اینکه فرزند از ترکه مادر حبوه نمی‌برد. بنابراین اگرچه کلمه «میت» مشترك معنوی است ولی با قرینه‌های گفته شده منظور معین می‌گردد[۱].

نکته - قرینۀ صارفه برای تشخیص معنای مجازی از معنای حقیقی به‌کار می‌رود ولی قرینۀ معیّنه برای تعیین یکی از معناهای حقیقی لفظ مشترک.

اگر قرینه وجود نداشته باشد، نمی‌توان لفظ را در معنای دوّم به کار برد. به مطلب زیر توجه شود: محقق حلّی در کتاب شرایع در اقرار مجمل به حدّ، می‌گوید:

ممکن است منظور «تعزیر» باشد و شهید ثانی بر او ایراد می‌گیرد که: حدّ حقیقت شرعیه است و اطلاق آن بر تعزیر مجاز است که بدون قرینه نمی‌تواند به کار رود[۲].

قرینه ممکن است لفظی باشد چنانکه گذشت و ممکن است غیرلفظی و به اصطلاح قرینه مقامی و حالی باشد مانند به کار بردن کلمۀ دکتر برای دانشجوی پزشکی در مقام تعارف.

۴۱- *اصالةالحقیقه*

با استفاده از طرق مزبور حقیقت را از مجاز تشخیص می‌دهیم. ولی گاهی با فرض تشخیص حقیقت و مجاز مشکل دیگری پیش می‌آید و آن این است که نمی‌دانیم گوینده یا نویسنده کدام معنا را خواسته است و به تعبیر اصولی می‌گویند «معنای مراد چیست»؟

در این هنگام از اصلی به نام «اصل حقیقت» یا «اصالةالحقیقة» کمك می‌گیریم و می‌گوئیم مراد و مقصود گوینده و نویسنده معنای حقیقی است. اصل در اینجا به معنای «ظاهر» است. و نحوۀ استدلال چنین است: اگر گوینده یا نویسنده معنای مجازی را می‌خواست می‌بایست قرینه‌ای می‌آورد و چون قرینه نیاورده ظاهر این است که معنای حقیقی را اراده کرده است نه معنای مجازی را.

۱- مادۀ ۹۱۵ ق.م: انگشتری که میّت معمولاً استعمال می‌کرده و... شمشیر او به پسر بزرگ او می‌رسد...».

۲- *مسالك‌الأفهام*، شهید ثانی، کتاب حدود، صفحۀ ۴۲۵.

مثلاً – هرگاه در قرارداد استخدام فردی آمده باشد که «به تخلّفات مربوط به این قرارداد دادگاه رسیدگی می‌کند» و با فرض علم به معنای حقیقی و مجازیِ دادگاه تردید شود که آیا منظور دادگاه اداری است (معنای مجازی) یا دادگاه دادگستری (معنای حقیقی)؟ باید با استناد به اصل حقیقت گفت منظور دادگاه دادگستری است.

مثال دیگر: هرگاه کسی به دیگری بگوید: «این خانه را به تو تملیك می‌کنم در برابر آن ماشین» و احتمال رود که منظور گوینده عقد بیع باشد یا عقد صلح، گفته او حمل بر عقد بیع می‌شود چون تملیك حقیقت در بیع است[۱].

۴۲- *اقسام حقیقت و مجاز*

حقیقت و مجاز بر دو قسمند: لغوی و عرفی.

حقیقت و مجاز لغوی به شرح زیر است: معنای الفاظ درعلم خاصّی به نام علم لغت معین می‌گردد: در این علم معانی حقیقی کلمات و برخی از معانی مجازی آنها مشخص می‌شود هرگاه لفظ در معنائی که در علم لغت به عنوان معنای حقیقی آن معیّن شده به کار رود آن را حقیقت لغوی گویند مانند آب و نان که در معنای لغوی خود استعمال شوند و مجاز لغوی مقابل آن است. مثلاً گاهی می‌گویند: فلانی به آب و نانی رسید و منظور رسیدن به مقامی باشد، در این جا این، استعمال مجازی لغوی است.

۴۳- *حقیقت عرفی و اقسام آن*

گاهی لفظی در معنایی غیر از معنای لغوی خود بکار می‌رود و میان مردم معنای دیگری پیدا می‌کند به طوری که معنای لغوی کم‌کم فراموش می‌شود چنین لفظی را حقیقت عرفی نامند مانند کلمهٔ دابّه که در لغت به معنای جنبنده است و در عرف به معنای چهارپا است[۲]. و مانند کلمهٔ جانور که در لغت به معنای جاندار است ولی عرفاً به سگ می‌گویند جانور. و کلمهٔ «اکل» در زبان عربی و «خوردن» در زبان فارسی که وقتی در حقوق به‌کار برده می‌شود به معنای عرفی تصرّف است مثل اکل ربا، اکل مال غیر، خوردن مال مردم و امثال اینها.

۱- **مکاسب**، شیخ انصاری، چاپ ۱۳۰۴ قمری، صفحهٔ ۸۰.

۲- این کلمه به صورت جمع در مادهٔ ۲۵۵ قانون مجازات عمومی در معنای عرفی به کار رفته بود. در قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) شماره و عبارت مادّه تغییر یافته است.

عرف بر دو قسم است: عرف خاص و عرف عام - عرف خاص اصطلاح معمول بین عدّه‌ای مخصوص و یا فنّ خاصّی است مانند اصطلاحات همهٔ علوم و فنون و مصطلحات بین مردم یك شهر یا یك قبیله و عشیره. مثلاً اصطلاحات حقوق مدنی با اصطلاحات علوم سیاسی یکسان نیست و اصطلاح علم منطق و فلسفه با اصطلاح فقه و اصول متفاوت است و هر یك عرف خاصّی را تشکیل می‌دهد.

۱-۴۳- عرف شرع و عرف متشرعه

عرف شرع (یا شارع) و عرف متشرعه هر یك عرف خاصّی است. منظور از عرف شرع اصطلاحات زمان پیغمبر (ص) است و گاهی مصطلحات زمان صحابه رانیز به تبع زمان پیغمبر عرف شارع و عرف شرع می‌نامند.

عرف متشرعه عبارت از اصطلاح مردمی است که شریعت را پذیرفته‌اند و معمولاً از زمان امام جعفر صادق (ع) به بعد را عرف متشرعه نامند. عرف متشرعه را می‌توان عرف فقها نامید. در شمارهٔ ۲۳۷ نیز این مطلب خواهد آمد.

عرف عام در برابر عرف خاص است و منظور از آن معمول و متعارف بین مردم است بدون تعلق به دستهٔ خاص و فن مخصوصی.

برای روشن شدن حقیقت لغوی و حقیقت عرفی مثال‌هائی دیگر می‌زنیم:

کلمهٔ دارائی در لغت و عرف عام به معنای اموال و مطالبات شخصی است ولی در عرف خاص یعنی در اصطلاح حقوق دارائی عبارت است از مجموع اموال و حقوق مالی و دیون و تعهدات و با تفسیری که از آن می‌کنند - و آن را از عناصر شخصیت می‌دانند - معنائی متفاوت با معنای لغوی و عرفی خود دارد[۱].

مثال دوم - اصطلاح لازم و جائز در فقه و حقوق معنائی متفاوت با معنای لغوی دارند: «لازم» درفقه و حقوق عملی است حقوقی که فسخ یك جانبه آن بی‌اثر است مثل عقد بیع و «جائز» در برابر آن است مانند عقد وکالت.

مثال سوم - اصطلاح «لازم» در منطق معنائی مغایر با اصطلاح فقهی و حقوقی دارد، در منطق «لازم» عرضی است لاینفك در کلیات خمس (رجوع شود به شماره ۲۱۱).

۱- **حقوق مدنی**، تألیف دکتر شایگان، صفحهٔ ۵۲۱ به بعد و **حقوق مدنی**، تألیف دکتر کاتوزیان، چاپ دانشکده علوم اداری، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۱۰ به بعد.

۴۴-موضوع عرفی، موضوع شرعی

موضوعات احکام را به لحاظی می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: اول موضوعات عرفی، دوّم موضوعات شرعی و مخترعه. منظور از موضوع عرفی چیزی است که پیش از شرع میان مردم وجود داشته مانند معاملات از قبیل بیع و اجاره و غیره. موضوعات مخترعه عبارت از موضوعاتی است که شرع بوجود آورده و پیش از آن وجود نداشته است مانند رکوع و سجود و قنوت در نماز و غیره. این مطالب را به نحو دیگری در بحث تأسیسی و امضائی بودن احکام می‌توان دید.

۴۵-طرح بحث حقیقت شرعی

پس از بررسی مطالب گذشته اکنون می‌توان این بحث را مطرح کرد که حقیقت شرعی وجود دارد یا خیر؟ منظور از این بحث این است که آیا الفاظ و اصطلاحاتی که شرع در معانی به کار برده است به طور مجاز به کار برده یا حقیقت ثانوی است غیر از حقیقت لغوی. مثلاً: در قرآن آمده است *«اَقیمُواالصَّلوةَ»* صلوة در لغت به معنای دعا و تبعیت و در شرع عبادت خاصّی است. می‌خواهیم بدانیم شارع کلمهٔ صلوة را که در عبادت به کار برده است به عنوان معنای مجازی متناسب با معنای لغوی به کار برده است یا این معنا را معنای حقیقی آن دانسته و به نحو حقیقت لفظ را در آن به کار برده است؟ و همین طور لفظ بیع در آیهٔ *«اِذا نُودِیَ لِلصَّلوةِ مِنْ یَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوا اِلیٰ ذِکْرِاللّهِ وَ ذَرُواالْبَیْع»*[1] یعنی: به هنگام نماز جمعه برای نماز بشتابید و بیع را رها کنید، آیا در معنای شرعی آن حقیقت است یا به نحو مجاز به کار برده شده؟

۴۶-محلّ نزاع

الفاظ عبادات مانند صلوة و زکات و رکوع و سجود و مانند آنها و الفاظ معاملات مانند بیع و اجاره و امثال آنها و حتّیٰ نکاح و طلاق و آنچه از قبیل آنهاست مورد بحث و اختلاف قرار دارند.

در بحث حقیقت شرعی تمام اقسام موضوعات احکام مورد بحث می‌باشد یعنی هم موضوعات عرفی و هم موضوعات مخترعه هر دو مورد بحث می‌باشند و نباید پنداشت که موضوعات عرفیه به لحاظ عرفی بودن آن از بحث حقیقت شرعیه خارج می‌باشند.

۱- آیهٔ نهم از سورهٔ جمعه.

۴۷- ثمرهٔ نزاع

فایدهٔ بحث حقیقت شرعی چیست؟ در تعریف علم اصول گفته شد که علم اصول دانستن قواعدی است که برای استنباط احکام شرعی ساخته و پرداخته شده است. اینك باید فایدهٔ بحث حقیقت شرعی را که مسئله‌ای از علم اصول است در این بجوئیم که در مقام استنباط احکام شرعی چه اثری دارد؟

اگر حقیقت شرعی را قبول داشته باشیم باید در استفاده از آیات قرآنی و احادیث نبوی (ص) کلمات به کار رفته را به معنای شرعی آن بگیریم و با توجّه به آن معانی از ادله مزبور استفاده و استنباط نمائیم ولی اگر حقیقت شرعی را قبول نداشته باشیم کلمات و اصطلاحات موجود در ادلّهٔ مزبور را باید به معنای لغوی یا عرفی آنها معنا کنیم. مثلاً در حدیث «*اِذا رَأَیْتُمُ الهِلالَ فَصَلُّوا...*» اگر صلوة حقیقت شرعی باشد معنای حدیث چنین می‌شود: به هنگام دیدن ماه نو نماز بگزارید ولی اگر حقیقت شرعی نباشد چون صلوة در لغت به معنای دعاست معنای حدیث چنین می‌شود: به هنگام دیدن ماه نو دعا کنید. مثال دیگر: حدیثی داریم بدین مضمون «*لا تبع مالیس عندك*» یعنی: چیزی را که نداری نفروش. اگر کلمهٔ بیع حقیقت شرعی باشد معنای حدیث می‌شود: خرید و فروش چیزی که ندارید صحیح نمی‌باشد ولی اگر حقیقت شرعی نباشد چنین می‌شود: هرگونه مبادله نسبت به چیزی که ندارید صحیح نمی‌باشد و این بحث نسبت به تمام ادله جاری است. در پایان مطلب شمارهٔ ۵۰ مثال‌های دیگری نیز آمده است.

۴۸- آیا حقیقت شرعیه وجود دارد؟

در این مسئله گفتار اصولیین مختلف است. به لحاظ محدود بودن ساعات درس نمی‌توان همهٔ آنها را بررسی کرد و تنها به نقل قول یکی از اصولیین اکتفا می‌شود. مؤلف کتاب بدایع‌الأفکار[1] فکر بدیعی را توضیح داده و تشریح می‌کند که به لحاظ ظرافت فکر و دقت نظر و اینکه مسئله را حلّ می‌نماید شایسته است که در اینجا آورده شود:

نامبرده مسئله را در دو فرض بررسی می‌کند:

فرض اوّل - معانی مستحدث و جدید و بی‌سابقه مانند عبادات. الفاظ و کلمات و

۱- جلد اوّل ***بدایع‌الأفکار***، صفحهٔ ۱۰۴ تا ۱۰۸. این کتاب تقریرات آقا ضیا عراقی است که توسط میرزا هاشم آملی گردآوری و تألیف شده است.

اصطلاحات مربوط به این گونه معانی را حقیقت شرعی می‌داند به این استدلال که بنا و روش عقلا بر این است که آنچه را اختراع می‌کنند و به وجود می‌آورند برایش نام می‌گذارند. و این روش در تمام علوم و فنون و صنایع وجود دارد این نامگذاری تنها وسیله‌ای است که مخترع و مبتکر و صاحب فکر و ایدهٔ نو می‌تواند منظور خود را به مردم بفهماند و این نکته‌ای بسیار روشن و واضح است. شارع مقدّس اسلام نیز برای مردم احکامی آورده و موضوعاتی را مورد حکم قرار داده و افکاری تازه و جدید عرضه داشته که برای تفهیم آن به مردم عصر خود و آیندگان از همین روش روشن عقلائی پیروی کرده است مثلاً عبادات خاصّی را برای مردم لازم دانسته، آن را به نام «صلوة» نامیده و دستور داده است که مردم نماز بخوانند و این مطلب را با جملهٔ *«اَقیمُوا الصَّلوة»* بیان کرده است پس کلمهٔ صلوة را برای عبادت مورد نظر خود نهاده و به اصطلاح وضع کرده و این نامگذاری را درضمن گفتگو به مردم فهمانده و به عبارت دیگر وضع را با استعمال بیان نموده است. این خود یك نوع وضع تعیینی است. پس کلمهٔ صلوة حقیقت شرعی است به وضع تعیینی همراه با استعمال لفظ و همین طور کلمات دیگر مانند زکات، خمس، رکوع، سجود، وجوب و حرمت.

در اینجا باید یادآور شد که به عقیدهٔ آقاضیا وجود این عبادات در شرایع دیگر مانع حقیقت شرعی بودن این اصطلاحات نمی‌شود (برخلاف گفتهٔ صاحب کفایةالأُصول)، زیرا:

اولاً - از نظر لفظ عین این الفاظ در مذاهب دیگر به کار نرفته‌اند بلکه آنها الفاظی به زبان دیگر داشته‌اند.

ثانیاً - از لحاظ معنا هم عبادت آنها با عبادت شرع اسلام متفاوت بوده است مثلاً نماز شرع مسیح و یهود با نماز شرع اسلام یکسان نیست .

فرض دوم - معانی‌ای که در میان مردم معمول بوده است و تازگی نداشته مانند بیع، ربا، اجاره، نکاح، طلاق و غیره؛ برای فهماندن این معانی نامگذاری جدید لازم نبوده و با همین اصطلاحاتی که بین مردم وجود داشته شارع نیز تکلّم و گفتگو نموده پس اینها دارای همان معانی عرفی خود می‌باشند و حقیقت عرفی هستند نه حقیقت شرعی و البته شرع برای این موضوعات که سابقه داشته و بین مردم معمول بوده شروط و قیود و موانعی افزوده است ولی می‌توان گفت اینها عیناً همان معاملات معمول بین آن مردم می‌باشند و این شروط و قیود و موانع را شرع جداگانه بیان کرده و محتاج به نامگذاری جدید نبوده است.

۴۹- خلاصهٔ این عقیده

۱- اصطلاحات نو و تازه حقیقت شرعی هستند و اصطلاحات دیگر حقیقت عرفی می‌باشد.

۲- حقیقت شرعی دارای وضع تعیینی است منتها وضع تعیینی نوع دوّم به شرحی که در اقسام وضع بیان شد. (رجوع شود به شمارهٔ ۳۷).

۳- وجود عبادات در شرایع دیگر مانع حقیقت شرعی نمی‌باشد به توضیحی که بیان گردید.

۴- آقاضیا کلمات دیگر را که بین مردم وجود داشته و به کار می‌رفته دارای حقیقت عرفی می‌داند در حالی که دیگران آن را حقیقت لغوی می‌دانند[1].

این بود بحث حقیقت عرفی و شرعی به اختصار. آنچه به نظر می‌رسد این است که عقیدهٔ آقاضیا عراقی صحیح و قابل قبول است.

۵۰- استفاده از بحث حقیقت شرعی و عرفی در حقوق موضوعه

در تعریف حقیقت شرعی گفته شد که کلمات و اصطلاحاتی که شرع به وضع تعیینی یا تعیّنی وضع نموده باشد حقیقت شرعی است. همین اصطلاح را در مورد اقدام قانونگذار نیز می‌توان به کار برد بدین معنا که بگوئیم: کلمات و اصطلاحاتی که قانونگذار به وضع تعیینی یا تعیّنی وضع نموده باشد «حقیقت قانونی است». اکنون ببینیم آیا حقیقت قانونی داریم یا خیر؟ از بررسی متون قانون بخوبی پیداست که قانونگذار در بیشتر موارد کلمات و اصطلاحاتی را که در گفتگوی روزانه بین مردم معمول بوده است به کار برده و در این موارد اصطلاح خاصّی ندارد مانند: جرم، مجرم، متهم، اتهام، حکم، محکوم علیه، محکوم به و غیره. در بعضی موارد نیز اصطلاحات شرعی را به کار برده است که آنها حقیقت متشرعه هستند مانند اصطلاحات «بیع، اجاره، خیار، نکاح، طلاق» و مانند آنها. ولی در برخی موارد خود به تعریف کلمات واصطلاحاتی پرداخته و به تعبیر دیگر اقدام به وضع نموده است و بدین ترتیب حقیقت قانونی بوجود آورده است. البته ممکن است معانی کلمات و اصطلاحات همان معانی لغوی و عرفی یا نزدیك به آنها باشد، ولی این منافاتی باوضع قانونگذار ندارد. زیرا قانونگذار خود مستقلاً و با توجه و تعمد به تعریف کلمات و اصطلاحات پرداخته و به اصطلاح «وضع» نموده است.

۱- رجوع شود به ***کفایةالاصول***، تألیف آخوند ملاکاظم خراسانی، جلد اول، صفحه ۳۳ و به جلد اول ***قوانین‌الأصول*** تألیف میرزاابوالقاسم قمی، صفحهٔ ۳۶.

برای نمونه می‌توان قانون اصلاحات ارضی مصوب ۴۰/۱۰/۱۹ را در نظر گرفت. فصل اوّل این قانون به تعریف کلمات و اصطلاحات به کار رفته در آن پرداخته است و کلمات: زراعت، زارع، گاوبند، کارگر کشاورزی، رئیس خانوار، مالك و اصطلاحات دیگر را تعریف نموده است. بنابراین این کلمات هر کدام یك حقیقت قانونی است و در نتیجه برای فهم و درك معانی و حدود دلالت آنها و تشخیص موارد ابهام و اجمال و سکوت باید به این قانون مراجعه نمود، نه به عرف و نه به لغت. برخلاف موارد پیش که چون قانونگذار اصطلاح خاصّی ایجاد ننموده در تشخیص مفهوم و مصداق و موارد مشکوك آنها می‌توان و باید به عرف و لغت و عرف متشرعه مراجعه کرد.

مثلاً هرگاه بخواهیم بدانیم باغداری زراعت است یا نه چون حقیقت قانونی است باید به قانون مراجعه کنیم ولی هرگاه بخواهیم بدانیم «غبن» که در قانون مدنی به کار رفته چیست چون حقیقت قانونی نیست و حقیقت متشرعه است باید به عرف متشرعه مراجعه نمود. همین طور در سایر موارد مثلاً برای دانستن معنای کلمات روزنه و شبکه که در مادهٔ ۱۳۳ قانون مدنی به کار رفته باید به عرف محل مراجعه کرد[۱].

۵۱- اشاره‌ای به مادهٔ ۲۲۴ قانون مدنی و تطبیق آن با این بحث

مادهٔ ۲۲۴ قانون مدنی چنین است: «الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه». این ماده مقرر می‌داد که برای فهم کلمات و اصطلاحات عقود باید به عرف مراجعه کرد. در این مورد نکاتی است که باید توضیح داده شود.

۱- مفهوم این ماده مؤید مطلبی است که پیش از این گفته شد مبنی بر اینکه قانونگذار در مواردی کلمات و اصطلاحات را خود تعریف نکرده و آن را از عرف گرفته است.

۲- می‌توان علّت و فلسفهٔ رجوع به عرف را (برای فهم معانی الفاظ عقود) به طور وضوح فهمید و بیان کرد و آن این است که چون قانونگذار خود اصطلاح خاصّی در مورد عقود ندارد و آن را از عرف گرفته لذا باید برای فهم معنای الفاظ عقود به عرف مراجعه کرد.

۳- از درك علت و فلسفه مادهٔ مزبور به این نتیجه می‌رسیم که هرگاه قانونگذار خود اقدام به وضع نموده و حقیقت قانونی ایجاد کرده باشد دیگر رجوع به عرف صحیح نیست بلکه باید به قانون مراجعه و در حدود دلالت الفاظ و تعریف قانون معانی را درك کرد، چنانکه

۱- **حقوق مدنی**، تألیف مرحوم دکتر امامی، جلد اوّل، صفحهٔ ۴۷.

گذشت.

۴- در غیر عقود مواردی وجود دارد که قانونگذار اقدام به وضع نموده و حقیقت قانونی بوجود آورده است. مانند مادهٔ یك[۱] قانون اصلاحات ارضی مصوب ۴۰/۱۰/۱۹ و مادهٔ یك[۲] قانون حمایت حقوق مؤلفان و مصنفان و هنرمندان در تعریف «پدید آورنده» و «اثر» و مادهٔ ۳ قانون ملّی شدن آب[۳] در تعریف «حقابه» و قوانین دیگر. در این موارد با توجّه به مطالب بالا باید به قانون مراجعه کرد، نه به عرف و منطوق مادهٔ ۲۲۴ قابل اعمال نیست، بلکه باید به مفهوم آن استناد کرد.

۵- عرف مورد نظر مادهٔ ۲۲۴ قانون مدنی عرف عام است یا عرف خاص؟ در ظاهر منظور عرف عام است ولی باید به یك نکته توجه داشت و آن این است که چنانکه می‌دانیم پیش از وضع قانون در ایران، حقوق عرفی در مورد عقود وجود نداشته و امور و عقود طبق حقوق شرعی بوده است و اصطلاحات عقود و کلمات آن نیز از شرع گرفته شده و این الفاظ صرف‌نظر از اینکه حقیقت شرعی وجود داشته باشد یا نه، در عرف متشرعه حقیقت بوده‌اند. هم‌چنین با توجه به اینکه در وضع حقوقی جدید حقیقت دیگری برای این الفاظ بوجود نیامده و عرف عام نیز همان معانی عرف متشرعه را به‌کار برده است، به این نتیجه می‌رسیم که باید برای فهم الفاظ عقود به عرف متشرعه مراجعه نمود و معانی این الفاظ را در آنجا جستجو کرد. یکی از حقوقدانان[۴] در اینجا نظر دیگری دارد و ظاهر گفتار او این است که منظور از «معانی عرفیه» مذکور در ماده ۲۲۴ قانون مدنی، عرف عام است ولی باتوجه به توضیحات گذشته به‌نظر می‌رسد در مورد الفاظ عقود، عرف عام اصطلاح خاصّی ندارد و باید به همان اصطلاح عرف خاص، یعنی عرف متشرعه، عرف فقها و عرف حقوقدانان مراجعه کرد. اما در مورد الفاظ دیگر که عرف خاص وجود ندارد عرف عام حاکم خواهد بود.

۱- به شمارهٔ ۵۰ مراجعه شود.

۲- از نظر این قانون به مؤلف و مصنف و هنرمند «پدیدآورنده» و به آنچه از راه دانش یا هنر یا ابتکار آنان پدید می‌آید... «اثر» اطلاق می‌شود.

۳- مادهٔ ۳ قانون ملّی شدن آبها در تعریف حقابه چنین است: «حقابه عبارت از آبی است که در دفاتر جزو جمع یا اسناد مالکیت یا حکم دادگاه یا مدارك قانونی دیگر قبل از تصویب این قانون به نفع مالك آن تعیین شده باشد».

۴- **حقوق مدنی**، دکتر کاتوزیان، جلد اوّل، صفحهٔ ۳۳۴.

اصل هائی که از این گفتار بدست می‌آید:

۱- اصل حقیقت است و مجاز قرینه می‌خواهد.

۲- الفاظ عقود بر معانی عرفی محمول است.

۵۲- اصول لفظی

اصول لفظی عبارتند از: اصالت حقیقت، اصالت عموم، اصالت اطلاق، اصالت عدم تقدیر، عدم نقل، عدم اشتراك و اصالت ظهور. مبنای تمام این اصول این است که ظاهر حال گوینده و نویسنده نشان می‌دهد که منظورش معنای مجازی نیست بلکه معنای حقیقی است، معنای خاص نیست بلکه معنای عام است، معنای مقید نیست بلکه معنای مطلق است و همین طور سه مورد دیگر، پس اگر بگوئیم همه اصول لفظی در اصالت ظهور خلاصه می‌شوند سخنی به گزاف نگفته‌ایم.

اصالت ظهور حجت است و مبنای آن بنای عقلاء است و شرع نیز این مبنا را ردّ نکرده است.

منظور از «حجیت» در اصول فقه لازم‌الاجراء و لازم‌الاتباع بودن است.

اصول عملی مهم عبارتند از: اصل برائت، اصل احتیاط یا اشتغال، اصل تخییر و اصل استصحاب به شرحی که در گفتار نهم خواهند آمد.

۵۳- ترادف و اشتراك

بدون تردید الفاظ مترادف و مشترك لفظی در زبان عربی و فارسی داریم و به کار هم برده شده‌اند، مانند علم و دانش برای مترادف و مانند شیر برای مشترك لفظی. در این موارد وضع متعدد است مثلاً واضعی «علم» را برای معنائی وضع کرده است و واضعی دیگر «دانش» را برای همان معنا و این دو لفظ مترادف شده‌اند؛ چنانکه واضعی کلمه «شیر» را برای جانور درنده نام نهاده و دیگری آن را برای مایعی جانبخش و سومی برای وسیله باز و بسته کردن لوله آب و گاز بدین ترتیب یك لفظ برای سه معنای متفاوت وضع و میان آنها مشترك شده است و این را می‌گویند لفظ مشترك یا اشتراك لفظی.

مثال‌های دیگر برای مشترك لفظی: بیع مشترک است میان فروختن و خریدن، دیْن مشترک است میان طلب و بدهی و غریم مشترک است میان بستانکار و بدهکار.

توجّه: اشتراك معنوی نیز عنوان دیگری است که در بحث الفاظ داریم یعنی لفظی برای

معنائی کلی و عام وضع شود که آن معنا دارای مصادیق و افراد متعدد باشد یا بتواند آن مصادیق و افراد را پیدا کند، مانند بیع و نکاح و انسان و خورشید و ماه.

۵۴-استعمال لفظ دربیش از یك معنا

آیا می‌توان لفظی را یك بار به کار برد و بیش از یك معنا از آن خواست؟ در این بحث اختلاف نظر است. محققان معتقدند که این کار غیرمقدور است. زیرا لفظ آئینه معناست و آینه در یك آن فقط گنجایش یك صورت دارد. در این بحث فرق نمی‌کند که هر دو معنا حقیقی باشند یا یکی مجازی و دیگری حقیقی یا هر دو مجازی؛ چنانکه فرق نمی‌کند که لفظ مفرد باشد یا تثنیه و یا جمع.

باید توجّه داشت که تثنیه و جمع، تکرار یك معنای مفرد است نه دو یا چند معنای متفاوت.

این بحث دامنه‌ای دراز دارد ولی به نقل همین یک نظر، که نظری قابل قبول است، اکتفا می‌شود. علاقه‌مندان می‌توانند برای اطلاع بیشتر به جلد اول کتاب «اصول مظفر» مراجعه کنند.

گفتار دوم - اوامر

۵۵- مباحث مربوط به اوامر

در کتب اصولی[1] در بحث اوامر مباحث زیر دیده می‌شود:

۱- معنای مادهٔ امر.

۲- اتحاد طلب و اراده.

۳- معنای صیغهٔ امر.

۴- دلالت جملهٔ خبری بر وجوب.

۵- اطلاق صیغهٔ امر مقتضی وجوب توصلی است یا نه؟

۶- اطلاق صیغهٔ امر مقتضی وجوب نفسی است یا نه؟

۷- اطلاق صیغهٔ امر مقتضی وجوب عینی است یا نه؟

۸- اطلاق صیغهٔ امر مقتضی وجوب تعیینی است یا نه؟

۹- آیا امر بعد از حظر مفید وجوب است یا جواز مطلق؟ مانند نهی از تصرف در مال یتیم و امر به استفاده وصی از آن مال.

۱۰- مرّه و تکرار.

۱۱- فور و تراخی.

۱۲- اجزاء (بکسر همزه یعنی اکتفاء).

۱۳- مقدمهٔ واجب.

۱۴- امر به شیئی مقتضی نهی از ضدّ آن هست یا نه؟

۱۵- امر آمر با علم وی به انتفاءِ شرط.

۱۶- متعلق امر.

۱۷- آیا نسخ وجوب مقتضی بقاءِ جواز هست یانه؟

۱- برای نمونه می‌توان به کتاب ***کفایةالأصول***، آخوند ملّا کاظم خراسانی، جلد اوّل چاپ طاهر، از صفحهٔ ۸۹ به بعد مراجعه کرد.

۱۸- اقسام دیگر واجب.

در اینجا با اشاره‌ای به معنای امر، معنای وجوب و اقسام واجب به این گفتار پایان می‌دهیم.

۵۶-امر و معنای آن

در اصول بیشتر مباحث امر دربارهٔ صیغهٔ امر است که از آن به «صیغهٔ اِفْعَلْ» تعبیر می‌شود و دربارهٔ ماده امر و مشتقات آن کمتر بحث می‌شود.

معنای امر – ماده و صیغهٔ امر در زبان عرب به معانی متعدد آمده‌اند و در اینکه در کدام یك از آنها حقیقت هستند یا مجاز در اصول فقه مباحثی وسیع بوجود آمده است سرانجام بیشتر اصولیین به این نتیجه رسیده‌اند که ماده و صیغه امر هر دو حقیقت در وجوبند[۱].

مثلاً وقتی رئیسی به مرئوس خود دستور می‌دهد و می‌گوید: به تو امر می‌کنم که مواظب رفتار خود باشی. یا به او می‌گوید:مواظب رفتار خود باش. در هر دو مورد شخص زیردست وظیفه پیدا می‌کند که رفتاری بهتر داشته باشد و اگر این کار را انجام ندهد سزاوار کیفر خواهد بود و معنای وجوب هم چیزی جز این نیست.

در شرع امر با «هیأت افعل» زیاد است مانند:

آیهٔ شریفهٔ: ***اَطیعُوا اللّهَ و اَطیعُواالرَّسُولَ...***[۲]

و آیهٔ شریفهٔ: ***اُقْتُلُوهُمْ حَیْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ***[۳].

و آیهٔ شریفهٔ... ***اَقیمُواالصَّلوةَ وَ آتُواالزَّکوةَ وَ ارْکَعُوا مَعَ الرّاکعین***[۴].

لکن امر با مادهٔ «امر» کم است مانند آیهٔ شریفهٔ: ***اُمِرْتُ لِاَعدِلَ بَیْنَکُمْ***[۵].

برخی جمله‌های خبری در حکم جملهٔ انشائی‌اند یعنی مانند صیغهٔ امرند و دلالت بر

۱- ***کفایةالأصول***، آخوند ملّا کاظم خراسانی، جلد اوّل، صفحهٔ ۹۲ و صفحهٔ ۱۰۳، مبحث دوّم.

اصولیون متأخّر، مانند میرزای نائینی، معتقدند که ماده امر به اشتراك معنوی وضع شده برای هفت معنا که یکی از آنها طلب است و صیغه امر وضع شده است برای ایجاد نسبت میان مبدء (مصدر) و فاعل. طلب و جز آن داعی‌هائی هستند خارج ازمعنای صیغه امر. ایشان «وجوب» را هم معنای وضعی ماده یا صیغه امر نمی‌داند، بلکه آن را مستفاد از حکم عقل می‌داند. ***تقریرات نائینی***، ج ۱، ص ۱۲۸ تا ۱۳۷.

۲- و ۳- سورهٔ نساء، آیه‌های ۵۹ و ۸۹.　　　　۴- سورهٔ بقره، آیهٔ ۴۳.

۵- سورهٔ شوری، آیهٔ ۱۵.

وجوب می‌کنند[۱] مثل دلالت جملهٔ «*اَلْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ*» بر وجوب تکلیفی و این جمله به معنای «*اَوْفُوا بِالشُّروطِ*» است[۲]. یعنی: مسلمانان باید به تعهداتی که می‌کنند پای‌بند باشند.

در حقوق امر با ماده نداریم. احکام قانونی به صورت دستور یا جملهٔ خبری گفته می‌شود مانند: «قیم باید...» مادهٔ ۱۲۴۴ ق.م و مانند: «مواظبت... با قیم است» مادهٔ ۱۲۳۵ ق.م.

۵۷- معنای وجوب و احکام تکلیفیهٔ دیگر

در مطلب پیش به «وجوب» اشاره شد، دراینجا این عنوان و عناوین مشابه آن توضیح داده می‌شود.

وجوب یکی از احکام پنجگانه‌ای است که درمورد کارهای افراد تصور می‌شود. هر کاری را درنظر بگیریم، یکی از پنج حکم زیر را خواهد داشت: زیرا ممکن است شارع آن را بخواهد یا نخواهد در هر دو صورت ممکن است خواستن یا نخواستن آن به حدی باشد که مخالفت با آن کیفر داشته باشد و ممکن است تا این حد نباشد و نیز ممکن است که بود و نبود آن در نظر شارع یکسان باشد. از مجموع این‌ها پنج نوع حکم بوجود می‌آید به نام وجوب، حرمت، استحباب، کراهت و اباحه که آنها را در اصطلاح فقه و اصول «احکام خمسهٔ تکلیفیه» خوانند. با توجه به آنچه گفته شد می‌توان برای هر یك از آن پنج حکم تعریفی به شرح زیر بیان داشت:

وجوب - عبارت است از خواستن انجام کاری و راضی نبودن به ترك آن به طوری که انجامش پاداش و ترکش کیفر خواهد داشت مانند: وجوب نماز و وجوب ادای امانت.

حرمت - عبارت است از خواستن ترك کاری و راضی نبودن به انجام آن به‌طوری که انجام آن کیفر خواهد داشت مانند حرمت قتل و سرقت.

استحباب - عبارت است از خواستن انجام کاری به نحوی که انجامش پاداش خواهد داشت ولی ترکش کیفر نخواهد داشت مانند: استحباب کمك به ناتوان. در این مورد عمل را مستحب گویند. اصطلاح «ندب» نیز به معنای استحباب و مندوب به معنای مستحب است.

کراهت - عبارت است از خواستن ترك کاری بدون اینکه انجام آن گناه داشته باشد مانند کراهت طلاق در شرع اسلام.

اباحه - عبارت است از برابر بودن طلب وجود و عدم کاری، مانند مباح بودن قدم زدن در خیابان، احیای موات و رفتن به سیر و سفر.

۱- ***کفایة‌الأصول***، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۰۴.

۲- ***مکاسب***، شیخ انصاری، صفحهٔ ۲۸۳.

اینها اقسام احکام در شرع است. در حقوق موضوعه هر عملی یا لازم است (واجب) یا ممنوع (حرام) یا جائز (مباح) و دو قسم دیگر یعنی استحباب و کراهت در حقوق موضوعه وجود ندارند. ولی در قانونگذاری جدید ایران می‌بینیم مادهٔ ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی چنین تدوین شده: «...مناسب است حاکم شرع مردم را از زمان اجرای حدّ آگاه سازد.» که این همان حکم مستحب شرعی است.

۵۸- حکم وضعی

آنچه گفته شد دربارهٔ احکام تکلیفی بود. در برابر حکم تکلیفی اصطلاحی دیگر وجود دارد به نام «حکم وضعی».

در تعریف و تعداد حکم وضعی بحث و گفتگو زیاد است که به درس حقوق اسلامی موکول می‌شود. آنچه در اینجا به اختصار گفته می‌شود این است که اصولیین متأخّر[1] هر چه را در تعبیرات اصولی، فقهی و شرعی حکم بگویند و جزو این پنج حکم تکلیفی نباشد، حکم وضعی می‌نامند از قبیل شرطیت، مانعیت، علیت، علامت، رخصت، عزیمت، زوجیت، ملکیت، حجّیت، ولایت و غیره.

برخی از حقوق‌دانان[2] حکم وضعی را چنین تعریف کرده‌اند: «و آن عبارت از وضعیت اعتباری در شیئی معین می‌باشد که به آن اعتبار به نحوی از انحاء در شیئی دیگر تأثیر می‌نماید».

۵۹- *اقسام وجوب*

وجوب از جهات گوناگون تقسیم شده و اقسامی پیدا کرده است از جمله:

۱- از جهت چگونگی تعلق تکلیف، تقسیم می‌شود به واجب اصلی و تبعی.

۲- از جهت مکلَّف یا موضوع، تقسیم می‌شود به واجب عینی و کفائی.

۳- از جهت مکلَّفٌ به یا متعلق، تقسیم می‌شود به واجب تعیینی و تخییری.

۴- از جهت کیفیت مطلوب بودن مکلَّفٌ به، تقسیم می‌شود به واجب نفسی و غیری.

۱- ***کفایة الاصول***، آخوند ملّا کاظم خراسانی، جلد دوّم، صفحهٔ ۳۰۱ به بعد. برای مطالعه دربارهٔ حکم وضعی می‌توان به مآخذ زیر مراجعه کرد: ***قواعد شهید***، جلد اوّل، صفحهٔ ۳۹ به بعد و صفحهٔ ۶۸ به بعد؛ ***کفایة‌الأصول***، آخوند ملّا کاظم خراسانی، جلد دوّم صفحهٔ ۳۰۱ به بعد و ***الأحکام***، تألیف آمدی، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۳۷ به بعد.

۲- **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر سید حسن امامی، مقدمه ج ۲، صفحهٔ ۷.

۵- از جهت زمان انجام تکلیف، تقسیم می‌شود به واجب موسع و مضیق.
۶- از جهت شرط انجام تکلیف، تقسیم می‌شود به واجب تعبدی و توصلی.
۷- از جهت مقدمات تکلیف، تقسیم می‌شود به واجب مطلق و مشروط.
۸- از جهت کیفیت طلب، تقسیم می‌شود، به واجب معلق و منجز.
و اکنون می‌پردازیم به بیان بعض آنها که ممکن است در حقوق مورد استفاده قرار گیرد.

۶۰-کفائی و عینی[1]

گاهی چیزی یا کاری را شرع یا قانونگذار از همه می‌خواهد و همه مکلّف به انجام آن می‌شوند ولی با انجام آن وسیلهٔ یك یا چند نفر منظور تأمین می‌شود و دیگر لازم نیست دیگران آن را دوباره انجام دهند و یا تکرار آن موردی ندارد چنین تکلیفی را واجب کفائی گویند مانند وجوب دفاع از مرز و بوم، تهیه خواربار به هنگام کمیاب یا نایاب شدن آن، تحصیل علم و آموختن صنعت و حرفه‌های لازم، وجوب کفن و دفن مردگان و مانند اینها.

روشن است که وقتی دفاع از آب و خاك لازم شود، همه موظفند این کار را انجام دهند لکن اگر مرزنشینان مثلاً آن را انجام دهند از عهدهٔ دیگران ساقط است وگرنه همهٔ مردم، حتی آنها که دور از محل خطر هستند، موظفند به این کار اقدام کنند. همچنین هرگاه در اثر حادثه‌ای عده‌ای بمیرند بر همه واجب است آنها را طبق مراسم مذهبی دفن کنند ولی اگر جمعی این وظیفه را انجام دهند از عهدهٔ دیگران ساقط است. و همین طور مثال‌های دیگر[2].

گاهی چیزی یا کاری را شرع یا قانونگذار از همه می‌خواهد و همه مکلّف به انجام آن می‌شوند و با انجام آن وسیله یك یا چند نفر از عهدهٔ دیگران ساقط نمی‌شود چنین تکلیفی را واجب عینی گویند مثلاً از نظر شرع نماز و روزه بر همه واجب است و اگر یکی بخواند از دیگری کفایت نمی‌کند، و مانند لزوم خدمت نظام وظیفه از نظر قانون ایران و مثل وجوب نفقه زن از نظر شرع اسلام و قانون ایران.

واجب کفائی و عینی ممکن است در عین حال تعبدی باشد یا توصلی. این مطلب اندکی بعد توضیح داده خواهد شد.

۱- محمد خضری بیك در کتاب ***اصول الفقه***، صفحهٔ ۵۰ واجب عینی و کفایی را چنین تعریف می‌کند ***(اَلْواجِبُ إمّا عَلَی الْعَیْنِ وَ امّا عَلَی الْکفایَة، فَالأوّل ما یُطْلَبُ حُصُوله مِنْ کُلٍ مِنْ اَفراد الْمُکَلَّفینَ وَ الثّانی مَا تُقْصَد حُصُولَه مِنْ غَیْرِ نَظَرٍ الی فاعِلِه).***

۲- ***کفایة الأصول***، آخوند ملّا کاظم خراسانی، جلد اوّل، صفحهٔ ۲۲۸.

فایده این تفکیك، علاوه بر نحوه سقوط تکلیف به شرحی که گذشت، این است که اجرت گرفتن برای انجام واجب عینی جایز نیست. خواه تعبدی باشد مانند نماز روزانه یا توصلی باشد مانند قضاوت در فرض انحصار قاضی. ولی اجرت گرفتن برای انجام واجب کفائی در صورتی که توصلی باشد جایز است و در صورتی که تعبدی باشد جایز نیست[۱].

اصل این است که واجب عینی باشد، کفائی بودن آن باید ثابت شود[۲].

۶۱-واجب تعیینی و تخییری

واجب تعیینی آن است که مورد تکلیف معین و مشخص باشد مانند وجوب روزهٔ ماه رمضان. واجب تخییری آن است که مورد تکلیف مردد میان دو یا چند چیز باشد مانند کفارهٔ قسم که بموجب آیهٔ شریفه سیر کردن ده نفر گرسنه، یا پوشاندن ده نفر برهنه و یا آزاد کردن برده‌ای برای شکستن سوگند لازم است و اگر توانائی اینها را نداشته باشد باید سه روز پیاپی روزه بگیرد[۳].

اصولیین واجب تعیینی و تخییری را چنین تعریف کرده‌اند:[۴]

واجب معین (واجب تعیینی) آن است که شارع چیز معینی را خواسته باشد و واجب مخیر (واجب تخییری) آن است که شارع چیزی را به طور مبهم از میان چند چیز خواسته باشد به گونه‌ای که هر یك بدل دیگری و به جای دیگری باشد[۵]. مانند واجب کفائی با این تفاوت که در واجب تخییری بدلیت و جایگزینی میان مکلَّف به است و در واجب کفائی میان مکلف‌ها.

واجب تخییری بیشتر در کفارات و مجازات‌ها دیده می‌شود؛ مانند کفارهٔ قسم به شرحی که گذشت، کفارهٔ روزه‌خواری[۶]، کفارهٔ ایلاء[۷] و مجازات محاربه به شرحی که در کتاب

۱- **مکاسب**، شیخ‌انصاری، چاپ طاهر، ص ۶۱.　　۲- **اصول‌المظفر**، ج ۱، ص ۷۶.

۳- سورهٔ مائده، آیهٔ ۸۹.

۴- **اصول‌الفقه**،محمد خضری بیك، صفحهٔ ۵۶ «**اَلْواجِبُ‌الْمُعَیَّن ما طَلَبَهُ الشّارِعُ عَیْناً وَالمُخَیَّر مَا طَلَبَه الشّارِعُ مُبْهَماً فی واحِدٍ مِنْ اُمُورٍ مُعَیَّنة**».

۵- **تقریرات**،نائینی - کاظمی، ج ۱، ص ۲۳۵، ۱۳۶۵ قمری.

۶- **کفارهٔ روزه**: آزادی برده، روزهٔ دو ماه پیاپی یا سیر کردن ۶۰ نفر گرسنه است (**المختصرالنافع**، محقق حلّی، چاپ مصر، صفحهٔ ۶۶).

۷- کفارهٔ ایلاء مثل کفارهٔ یمین است **المختصرالنافع**، (محقق حلّی، صفحهٔ ۳۱۰).

کفارات و حدود مذکور است[۱].

در حقوق اموال و مالکیت ماده ۱۶۳ قانون مدنی، مورد اموال پیدا شده، مثال مناسبی برای واجب مخیر است. طبق این ماده یابندهٔ مال پس از تعریف آن و نومید شدن از یافتن مالک، مخیراست آن را به طور امانت نگه‌دارد یا تصرّف دیگری در آن کند. در فقه این تخییر دو مورد بیشتر دارد و آن دادن آن مال به حاکم شرع یا صدقه دادن آن است[۲].

در قوانین موضوعه در باب مجازات‌ها بیشتر واجب تخییری به چشم می‌خورد. برای مثال می‌توان به مجازات جرائمی چون محاربه و تهدید به قتل در قانون مجازات اسلامی «تعزیرات» مراجعه کرد.

توجیه مطلب این است که قانونگذار خواسته است دست قاضی را باز بگذارد که بر حسب مورد و به تناسب جرم مجازات کم یا زیاد معین کند. این وضع همان است که در «تعزیر» شرعی وجود دارد.

اصل این است که واجب تعیینی است، تخییری بودن آن دلیل می‌خواهد.

۶۲- *واجب تعبدی و توصلی*

واجب تعبدی آن است که باید به قصد قربت انجام شود و واجب توصلی آن است که به هر نحو که انجام شود کافی است و احتیاجی به قصد قربت ندارد[۳]. به طوری که از لفظ تعبدی معلوم است منظور از آن عبادت است و همهٔ عبادات می‌توانند برای این اصطلاح مثال باشند، مثلاً هرگاه نماز و روزه به قصد تقرب انجام شود درست است ولی اگر بدون این قصد و برای یاد دادن به دیگران خوانده شود یا از روی ریا و برای وانمود کردن به دیگری انجام شود باطل است. برای واجب توصلی همهٔ واجبات دیگر بجز عبادات می‌توانند مثال باشند مثلاً بازپرداخت وام، و به اصطلاح فقهی ادای دین، واجب است. خواه به قصد قربت پرداخته شود یا

۱- محاربه مثل راهزنی مسلحانه و مجازات آن: قتل، یا بدار کشیدن، یا قطع دست راست و پای چپ و یا تبعید است به طور تخییر و شیخ طوسی معتقد به ترتیب است (مأخذ پیش، صفحهٔ ۲۲۶).

۲- *اللمعة الدمشقیه*، شهید اول، کتاب لقطه، فصل سوم.

۳- ***«اَلْواجِبُ التَوصلی هُوَ مَاکانَ الْغَرَضُ مِنْهُ یَحصَل بِمُجَرَّدِ حُصُولِ الْواجِبِ و یَسقُطُ بِمُجَرَّدِ وُجُودِهِ بِخَلافِ التَعَبُّدی فَاِنَّ الْغَرَضَ مِنْهُ لا یَکادُ یَحْصل بَلْ لاٰبُدَّ فی سُقُوطِهِ وَ حُصُولِ غَرَضِه مِنَ الاِتْیانِ بِهِ مُتَقَرِّباً بِهِ مِنْهُ تَعالیٰ»*** *کفایة الاصول*، آخوند ملّا کاظم خراسانی، جلد اوّل، مبحث پنجم، صفحهٔ ۱۰۷.

به تظاهر، واجب انجام و تکلیف رفع خواهد شد. و نیز برگرداندن امانات واجب است و اگر کسی امانتی را بدون قصد قربت و مثلاً برای جلب اطمینان دیگری پس بدهد وظیفه‌اش را انجام داده است.

هر یك از واجب تعبدی و توصلی ممکن است واجب عینی باشد یا کفائی و بنابراین چهار نوع واجب، از این گونه، خواهیم داشت و برای هر یك در زیر مثالی می‌آوریم:

واجب عینی تعبدی مانند نماز و روزه واجب.

واجب عینی توصلی مانند حج و مقدمات نماز و روزه واجب.

واجب کفائی تعبدی مانند نماز و غسل میت.

واجب کفائی توصلی مانند نجات غریق.

اصل این است که واجب توصلی باشد، تعبدی بودن آن باید به اثبات برسد[۱].

۶۳- قصد قربت یعنی چه؟

در معنای قصد قربت و چگونگی دخالت آن در عبادات گفتگو بسیار است و چون مربوط به عبادات است و ارتباطی به حقوق ندارد از ورود در آن خودداری می‌شود. همین اندازه کافی است که بدانیم قصد قربت به معنای قصد فرمانبرداری و اطاعت امر و بندگی خداست و می‌توان از آن به «پرستش» تعبیر کرد.

۶۴- عبادات و معاملات

دانستن این دو اصطلاح لازم است و در اینجا می‌توان این بحث را مطرح کرد: به طوری که گذشت، عبادت عملی است که انجام دادن آن محتاج به قصد قربت باشد. معامله اصطلاحی است در برابر عبادت و می‌توان در تعریف آن گفت: معامله عملی است که انجام آن محتاج به قصد قربت نباشد. بااین ترتیب می‌توان دو اصطلاح واجب تعبدی و توصلی را منطبق بر دو اصطلاح عبادت و معامله دانست و به بیان دیگر اصطلاح عبادت و معامله را می‌توان نتیجهٔ مبحث واجب تعبدی و توصلی دانست.

معامله به تعریفی که گذشت معنائی وسیع‌تر از معامله در اصطلاح حقوق پیدا می‌کند زیرا در اصطلاح حقوق معامله با عقد فرقی ندارد و بیشتر به عقدی که برای دو طرف ایجاد

۱- *اصول‌المظفر*، ج ۱، ص ۷۶.

تعهد می‌کند معامله گویند[۱] در حالی که معامله به تعریف اصولی شامل عقود و ایقاعات می‌شود و بعلاوه امور دیگر را نیز فرا می‌گیرد. مثلاً نکاح، طلاق، ردّ امانات، ردّ مال مغصوب و مضمون، عمل به وصیت، تقسیم ترکه، افراز مال مشترك و چیزهای دیگر که عبادت نمی‌باشند همه در اصطلاح اصول فقه معامله نامیده می‌شوند[۲]. توجّه به این مطلب در فهم منظور اصولیین و امکان تطبیق آن بر مصادیق معامله بسیار لازم است و به خصوص در بحث دلالت نهی بر فساد در عبادات و معاملات بسیار مؤثر خواهد بود.

۶۵-واجب مشروط و مطلق

واجب مشروط آن است که وجوبش متوقف بر چیزی باشد و واجب مطلق آن است که چنین نباشد. مثلاً وجوب نفقه مشروط است به تمکین؛ بدین معنا که اگر زن از شوهر تمکین نکند بر شوهر واجب نیست مخارج او را تأمین نماید این را می‌گویند واجب مشروط ولی تمکین زن از شوهر مشروط به شرطی نیست و مطلقاً و در هر حال واجب است پس تمکین واجب مطلق است، مگر اینکه مانع شرعی وجود داشته باشد.

باید توجّه داشت که: عقل، قدرت و بلوغ شرط همهٔ تکالیف می‌باشند و از این لحاظ تمام تکالیف مشروط به این شرائط هستند، این شرائط را در فقه و اصول «شرائط عامهٔ تکلیف» می‌نامند. آنچه در مشروط و مطلق بودن واجب مورد نظر است شرائط دیگر است نه شرائط عامه تکلیف[۳]. و نیز باید توجّه داشت که واجب ممکن است نسبت به چیزی مشروط و نسبت به چیز دیگری مطلق باشد. مثلاً نفقهٔ زوجه که پیشتر گفتیم مشروط به تمکین است و از این حیث می‌توان آن را واجب مشروط دانست، از حیث استطاعت و فقر مطلق است یعنی نفقهٔ زن بر شوهر واجب است خواه شوهر دارائی داشته باشد و یا نداشته باشد. پس نفقهٔ زن از این جهت واجب مطلق است[۴].

۱- **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۵۹.

۲- **حاشیهٔ آشتیانی بر رسائل**، صفحهٔ ۲۰۴، جزو دوّم.

۳- ***اَلْمُطْلَق مالا یتوَقّف وُجُوبه بَعْدَ حُصُولِ شَرائِطِ التَّکْلیف مِنَ الْبُلُوغ وَ الْعَقْلِ وَ الْقُدْرَةِ عَلی شَیءٍ کَالمَعْرَفَةِ وَالْمَشْرُوط هُوَ مَایَتَوَقَّف وُجُوبُه عَلی غَیْرِها کَالْحَجِ*** (***فصول فی الاصول***، شیخ محمدحسین‌بن عبدالرحیم، صفحه ۶۴).

۴- ***وَ قَدْ یُعْتَبَرُالاِطْلاٰقُ وَالتَّقْیِیدُ بِالنِّسْبَة اِلی شیئیٍ مُعَیَّنٍ فَیُقالُ الْحَجُّ واجِبٌ مَشْرُوطٌ بِالنِّسبة اِلیَ الاستِطاعةِ و***

برای فهم بهتر مسأله توضیح داده می‌شود که نفقهٔ اقارب و خویشان مشروط است به استطاعت و دارائی شخص (مادهٔ ۱۱۹۸ قانون مدنی) ولی نفقهٔ زوجه مشروط به استطاعت زوج نیست (مستفاد از اطلاق مادهٔ ۱۱۰۶ قانون مدنی).

۶۶- واجب معلّق و منجّز[1]

واجب معلق آن است که وجودش متوقف بر امری غیر مقدور باشد مانند نماز که وجود یافتن آن متوقف است بر فرا رسیدن فردا.

واجب منجز آن است که وجودش متوقف بر چنین چیزی نباشد مانند نماز ظهر امروز پس از فرا رسیدن وقت آن.

توضیح آنکه در هر دو مورد حکم وجوب بر مکلَّف تعلق گرفته است و وجوب متوقف بر چیزی نیست. تنها «واجب» یعنی عملی که باید انجام شود، در مورد اوّل دارای قید و شرط است ولی در مورد دوّم قید و شرط ندارد.

توضیح دیگر اینکه در مورد واجب منجز که می‌گوئیم واجب دارای قید و شرطی نیست منظور قیود و شروطی است که عقلاً یا شرعاً نمی‌توان یا نباید آن را انجام داد (امر غیرمقدور عقلی یا ممنوع شرعی) و این منظور منافاتی ندارد با آنکه واجب منجز خود مقدماتی داشته باشد، چنانکه در مثال بالا نماز ظهر امروز پس از فرا رسیدن وقت آن خود مقدماتی دارد از قبیل طهارت و تطهیر لباس و بدن و مانند آنها.

۶۷- فرق واجب مشروط و معلق

واجب مشروط و معلق بهم شباهت زیاد دارند و از این‌رو موجب اشتباه و اختلاف نظر گردیده و مباحثی پیش آورده که اگرچه مشکل است ولی بسیار شیرین است و می‌توان آن را در کتاب تقریرات شیخ انصاری تألیف میرزاابوالقاسم کلانتری، کفایةالأصول آخوند خراسانی و

ادامه پاورقی از صفحه قبل

مطلق بالنسبه الی شِراء الزّاد و الرّاحِلَةِ (***فصول فی الاصول***، شیخ محمدحسین بن عبدالرحیم، صفحهٔ ۶۴).

۱- ***و یَنْقَسِمُ بِاِعْتِبارٍ آخَرَ اِلی مَایَتَعَلّق وُجُوبُهُ بِالْمُکلفِ وَ لاٰیَتَوَقَّفُ حُصُوْلُه عَلیٰ اَمرٍ غَیْرِمَقْدورٍ کَالمَعْرِفَةِ وَلْیُسَمَّ مُنجزاً وَ اِلیٰ مایتعَلّق وُجُوبُهُ بِه و یَتَوَقَّفُ حُصُولُهُ عَلیٰ اَمرٍ غَیْرِمَقْدورٍ لَهُ وَلْیُسَمَّ مُعَلّقاً کَالحجِّ بَعْدَالاسْتِطاعِةِ.*** (***فصول فی‌الاصول***، شیخ محمدحسین بن عبدالرحیم، ص۶۴).

تقریرات نائینی تألیف آقای خوئی مطالعه و مقایسه نمود و در اینجا فرق آنها را در حدود استعداد دانشجویان دورهٔ لیسانس دانشکدهٔ حقوق بیان می‌کنیم.

به طوری که پیشتر در تعریف واجب مشروط گفته شد، در واجب مشروط وجوب یعنی حکم قضیه دارای قید و شرط است و تا هنگامی که آن قید و شرط بوجود نیاید وجوب به عهدهٔ مکلّف تعلق نخواهد گرفت مثلاً وجوب حج نسبت به استطاعت مشروط است. یعنی تا هنگامی که کسی استطاعت و توانائی مالی رفتن به مکّه را نیافته وجوب حج به عهدهٔ او نمی‌آید. ولی در واجب معلق چنین نیست بلکه وجوب تحقق یافته و به عهدهٔ مکلّف آمده لکن موضوع حکم، به معنای عملی که باید انجام شود و به اصطلاح اصولی «واجب»، دارای قید و شرطی است که انجام آن وظیفهٔ مکلّف نیست چنانکه در مثال، وجوب نماز فردا از امروز و بلکه از اوّل بلوغ به عهدهٔ مکلّف آمده ولی با این حال برای انجام این تکلیف باید تا فردا انتظار بکشد. توضیح آنکه از اوّل بلوغ همهٔ تکالیف به عهدهٔ افراد تعلق می‌یابند بدین نحو که هر یك را به وقت خود انجام دهد، مثلاً بر هر کس واجب است که هر روز ظهر نماز بخواند، این وجوب از اوّل بلوغ ثابت خواهد بود و همین‌طور بقیه تکالیف.

خلاصه آنکه فرق بین واجب مشروط و معلق این است که: در واجب مشروط وجوب متوقف بر چیزی است و در واجب معلق واجب متوقف است بر چیزی[۱].

ناگفته نماند که برخی از اصولیین واجب معلق را نپذیرفته‌اند[۲].

۶۸- اشاره به عقائدی که در پیرامون واجب معلق وجود دارد

چنانکه گفته شد بحث واجب معلق در اصول بحثی علمی، مفصل، دقیق، شیرین و میدان تاخت و تاز یکّه سواران این فن است. بعضی آن را قبول کرده‌اند مانند صاحب فصول که ظاهراً خود مبتکر این عنوان و بحث است و صاحب کفایه.[۳] برخی آن را انکار کرده‌اند و واجب معلق را به نحوی به واجب مشروط برگردانده‌اند، از قبیل شیخ انصاری به نقل صاحب مطارح‌الانظار

۱- *وَالْفَرْق بَیْنَ هٰذاالنَّوعِ وَ بَیْنَ‌الْواجِبِ‌الْمَشْرُوطِ هُوَ اَن‌التوقفَ هُناكَ لِلْوُجُوبِ وَ هُنا لِلْفِعْلِ.* ***فصول***، صفحهٔ ۶۴.

۲- ***تقریرات***، میرزای نائینی - کاظمی، ج ۱، ص ۱۸۶ به بعد.

۳- ***کفایه الاصول***، آخوند ملّا کاظم خراسانی، جلد اوّل، صفحه ۱۶۱.

میرزا ابوالقاسم کلانتر مؤلف تقریرات. اگرچه به نقل علامهٔ شیرازی[1] شیخ انصاری چنین عقیده‌ای نداشته و به تفسیر صاحب کفایه شیخ انصاری واجب مشروط را انکار کرده و واجب معلق را به معنای واجب مشروط پذیرفته است.

۶۹- تشخیص واجب معلق از واجب مشروط

مشکل مهم بحث واجب معلق در مرحله اوّل امکان تصور آن است که برخی آن را غیرقابل تصور دانسته، مصادیق آن را به واجب مشروط بازگردانده‌اند. و در مرحلهٔ دوّم تشخیص این دو از یکدیگر در مرحله دلالت الفاظ است، در این مرحله، بحث کاملاً نظری است و تشخیص آن به ذوق و سلیقه صاحبنظران بستگی دارد مثلاً صاحب فصول[2] معتقد است که جملهٔ *«اِذا دَخَلَ وَقْت کَذا فَافْعَلْ کَذا»* مفید معنای واجب مشروط است و جملهٔ *«اِفْعَلْ کَذا فی وَقْتِ کَذا»* مفید معنای واجب معلق است و استدلال او چنین است: مثال اوّل جملهٔ شرطیه است و می‌دانیم در جملهٔ شرطیه، جواب و جزا توقف و بستگی به شرط دارد. پس معنای جمله این است که وجوب فعل مشروط است به فرا رسیدن وقت آن و در مثال دوّم چنین نیست و صیغهٔ امر مفید وجوب است، منتها انجام واجب مقید به فرا رسیدن وقت آن است. در حالی که شیخ انصاری فرقی بین این دو تعبیر نمی‌بیند[3] و هر دو را به یك معنا می‌داند و در نتیجه واجب معلق را انکار می‌کند ولی به تعبیر صاحب کفایه چنانکه گذشت شیخ واجب مشروط به قول مشهور را واجب معلق دانسته و نتیجتاً واجب مشروط را انکار می‌کند.

۷۰- معلق و مشروط در قوانین موضوعه

قانون مدنی در مادهٔ ۱۸۴ عقود و معاملات را به منجز و معلق تقسیم و در مادهٔ ۱۸۹ آنها را چنین تعریف می‌کند: «عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشاء موقوف به امر دیگری نباشد والاّ معلق خواهد بود» و در مادهٔ ۶۹۹ نیز می‌گوید: «تعلیق در ضمان... باطل است ولی التزام به تأدیه ممکن است معلق باشد» و در ماده ۷۲۳ نیز از تعلیق التزام نام می‌برد.

اصطلاح مطلق و مشروط در مادهٔ ۳۴۱ قانون مدنی به کار رفته است: «بیع ممکن است

۱- *اجواد التقریرات*، تألیف آیت‌اللّه خوئی، صفحهٔ ۱۳۰.

۲- *فصول فی‌الاصول*، شیخ محمد حسین بن عبدالرحیم، صفحهٔ ۶۴.

۳- *تقریرات شیخ انصاری*، تألیف میرزاابوالقاسم کلانتر، صفحهٔ ۵۱ و ۵۲.

مطلق باشد یا مشروط...». به نظر می‌رسد مشروط در ماده ۳۴۱ با واجب مشروط که در اینجا از آن بحث کردیم متفاوت باشد. مشروط در این ماده به معنای بیعی است که در آن یکی از اقسام شروط ضمن عقد (شرط فعل، شرط صفت و شرط نتیجه) آمده باشد[1].

در مورد عقد معلق و تعلیق در ضمان و تعلیق التزام هم به نظر می‌رسد با واجب معلق که در اینجا بحث کردیم متفاوت باشند و ظاهراً این عناوین که در مواد بالا به کار رفته‌اند به معنای واجب مشروط هستند، اگرچه برخی[2] از شارحان قانون مدنی عقد معلق را سه‌گونه تصور کرده‌اند: به صورت شرط متأخّر، واجب مشروط، و واجب معلق[3]. از شرح و بسط این مطلب در می‌گذریم چون دانشجویان این درس این مطلب را در درس حقوق مدنی دیده‌اند و نیز می‌توانند به مآخذ آنها که در زیرنویس آمده مراجعه کنند.

۱- **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، ج ۱، ص ۱۷۴.

۲- **مأخذ پیش**، ص ۱۶۶.

۳- مرحوم دکتر امامی و دکتر کاتوزیان در شرح مواد یاد شده قانون مدنی.

گفتار سوّم ـ نواهی

۷۱- مباحث این گفتار

مباحث نواهی به شرح زیر است:

۱- معنای صیغه و مادهٔ نهی.

۲- دلالت صیغه و مادهٔ نهی.

۳- حقیقت نهی صرف ترك فعل است یا كف نفس؟

۴- صیغه‌های نهی.

۵- اجتماع امر و نهی.

۶- دلالت نهی بر فساد.

كه به اشاره به صیغه و معنای نهی و دلالت آن بر فساد اكتفا می‌شود.

۷۲- صورت نهی

نهی گاهی با مادهٔ نهی است، مثل: «*نَهَيْتُكُمْ عَنْ ذلِكَ*» یعنی منع كرده‌ام شما را از آن، گاهی به صورت صیغهٔ نهی است، مثل: مكن، مگو و مانند: *وَ لاتَقْرَبوا مَالَ الْيَتيمِ اِلاّ بِالَّتی هِیَ اَحْسَن*(۱) یعنی به مال یتیم نزدیك نشوید مگر به بهترین وجه و گاهی به صورت جملهٔ منفی است، مثل: نمی‌كنی، نمی‌گوئی و نمی‌روی. نمونه‌های این دو را می‌توان در مواد زیر دید:

مثال قانونی برای نهی با صیغهٔ نهی مادهٔ ۱۲۳۱ ق.م:

«اشخاص ذیل نباید به سمت قیمومت معین شوند:

۱- كسانی كه خود تحت ولایت و قیمومت هستند.

۲- كسانی كه به علت ارتكاب جنایت یا یكی از جنحه‌ها... محكوم شده باشند».

در بعضی موارد جملهٔ منفی معنای نهی می‌دهد مانند مـادهٔ ۱۲۳۳ ق.م: «زن نـمی‌توان بدون رضایت شوهر خود سمت قیمومت را قبول كند» كه در این ماده منظور نهی و منع مجریان

۱- سورهٔ انعام، آیهٔ ۱۵۲.

قانون است از آنچه به صورت نفی ذکر گردیده و مخاطب آن، مجریان قانون، یعنی قضات دادگاهها و دادستان‌ها می‌باشند. و مانند ماده ۱۱۹۲ قانون مدنی که می‌گوید: «ولی مسلم نمی‌تواند برای امور مالی مولّیٰ‌علیه خود وصی غیرمسلم معیّن کند».

و نیز تعبیراتی مانند مشروع نیست و امثال اینها همه در حکم نهی می‌باشند.

گاهی نهی به صورت جملهٔ خبری مثبت است مثل مادهٔ ۱۰۴۵ قانون مدنی که می‌گوید: «نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است...».

۷۳- معنای نهی

دربارهٔ معنای نهی (ن – ه – ی) و صیغهٔ نهی (لاتفْعَلْ) در اصول گفتگو بسیار شده ولی بدین اندازه اکتفا می‌شود که: هر دو حقیقت در حرمت می‌باشند یعنی معنای حقیقی هر دو حرمت است.

حرمت اصطلاحی است در برابر وجوب و در حقوق از آن به «الزام به ترك فعل» و از وجوب به «الزام به انجام فعل» تعبیر می‌شود. معنای حقیقی نهی، حرمت است ولی گاهی مجازاً در معنای کراهت نیز به کار رفته است و منظور از کراهت چنانکه گذشت این است که کاری ناپسند باشد ولی نه به حدّی که موجب کیفر و مجازات باشد، مانند آیهٔ شریفهٔ **«وَلاتُصَعِّرْ خَدَّكَ لِلنّاسِ وَلاتَمْشِ فِی الأَرْضِ مَرَحاً»**[1] یعنی: با ناز و تکبر از مردم رخ متاب و با غرور و تبختر بر زمین راه مرو.

۷۴- وجه اشتراك امر و نهی

امر و نهی در چند چیز باهم مشترکند:

۱- هر دو بر طلب و خواستن دلالت دارند با این تفاوت که امر دلالت دارد بر خواستن انجام کاری یا چیزی و نهی دلالت دارد بر ترك آن.

۲- هر دو جملهٔ انشائی هستند نه اخباری. یعنی خبر از چیزی نمی‌دهند بلکه معنایی را ایجاد می‌کنند.

۳- هیچ یك بر فور یا تراخی دلالت ندارند.

۴- هیچ یك بر مره و تکرار دلالت ندارند. دربارهٔ بند ۳ و ۴ به مطلب بعدی توجه شود.

۱- آیهٔ ۱۸ از سورهٔ لقمان

۷۵- وجه افتراق امر و نهی

این دو در دو چیز باهم اختلاف دارند:

۱- اطاعت از امر با انجام یك فرد از افرادِ ماهیتِ متعلق آن تحقق می‌یابد در حالی که امتثال از نهی مستلزم ترك تمام افرادِ ماهیتِ متعلق آن است. مثلاً اگر بگوئید: به زیردست کمك کن، با یك بار کمك به زیردستان این دستور اطاعت شده ولی اگر بگوئید: زیردست را میازار، باید در هر موردی زیردست را نیازارد تا به این دستور عمل شده باشد و اگر صدها بار در مورد صدها زیردست مطابق این دستور عمل شود و یك بار مخالفت شود نمی‌توان گفت این دستور اطاعت شده است. می‌توان گفت در مقام امتثال، نهی مستلزم ترک فوری و مکرر است ولی باید توجّه داشت که این فرق و اختلاف ناشی از تعلّق امر و نهی به ماهیت است و ارتباطی به دلالت صیغهٔ امر و نهی ندارد.

۲- در نهی بحثی پیش آمده که در امر وجود ندارد و آن این است که آیا متعلق نهی صرفاً ترك فعل است یا کفّ نفس؟ توضیح آنکه گاهی کاری را انجام نمی‌دهیم ولی مایل به انجام آن هستیم مثل اینکه صندوق‌دار اداره‌ای متوجّه امکان برداشت غیرقانونی از موجودی صندوق دولت بوده و مایل به این کار هم هست ولی نظر به زشتی این کار یا از ترس مجازات و کیفر یا از ترس خدا و عذاب اخروی از ارتکاب آن خودداری و کفّ نفس کرده آن را انجام نمی‌دهد. ترك فعل و انجام ندادن کاری همیشه چنین نیست. گاهی شخص به کاری تمایل ندارد و از این جهت آن را انجام نمی‌دهد مثل اینکه کسی را به قمار دعوت می‌کنند ولی او چون مایل به شرکت در آن کار نیست آن را انجام نمی‌دهند. گاهی شخص اصلاً به کاری توجّه نمی‌کند و بدین جهت ترك می‌شود چنانکه کسی توجّه به قمار پیدا نکند و آن کار انجام نشود. در این موارد عمل ترك شده،بدون اینکه خودداری و کفّ نفس در بین باشد. با این توضیح می‌توان فهمید که منظور از عنوان بالا چیست؟ و اجمالاً باید دانست که اصولیین معتقدند که: متعلق نهی صرف ترك است نه کفّ نفس.

در امر چنانکه اشاره شد چنین بحثی نیامده و امتثال امر متوقف است بر توجّه و قصد و اگر امر عبادی باشد علاوه بر اینها باید قصد قربت هم وجود داشته باشد.

گاهی تکلیف بدون قصد و اراده هم انجام می‌گیرد، مثل اینکه تسلیم مبیع واجب است و در صورتی که مشتری خود آن را متصرّف گردد کافی است. ولی اگر دقّت کنیم درمی‌یابیم که در این گونه موارد امتثال امر و انجام تکلیف به معنای واقعی کلمه تحقق نیافته بلکه فقط رفع مسئولیت گردیده است و خلاصه انجام تکلیف و امتثال امر در همه جا مستلزم توجّه و قصد است و مورد بالا را هم در حکم تسلیم می‌دانند نه تسلیم واقعی.

۷۶-آیا نهی موجب فساد است؟

معنای نهی در لغت دستور انجام ندادن کاری است که مورد نهی قرار گرفته، در اصطلاح فقهی و اصولی حرمت و در اصطلاح حقوق الزام به عدم انجام عملی است که از آن نهی شده مثلاً اخطارهای «وارد نشوید» و «توقف نکنید». نهی از نظر لغوی دستور ترك این کارها، از نظر فقهی و اصولی موجب حرمت هر یك از این اعمال و از نظر حقوقی مفید الزام و اجبار به عدم انجام آنهاست.

امّا آیا نهی بیش از آنچه گفته شد معنایی دارد؟ آیا موجب فساد و بطلان عملی که از آن نهی شده هم می‌باشد یا نه؟ بحثی است که در اصول به تفصیل از آن سخن رفته ولی در حقوق مسکوت مانده است[۱].

در اصول، دامنه این بحث از آنجا توسعه یافته که نهی در عبادات و معاملات - هر دو - مورد توجّه بوده است و بخصوص در قسمت اوّل هم از نظر تئوری و هم از جنبهٔ عملی مسأله قابل بحث و بررسی است در حالی که در قسمت دوّم اهمیّت چندانی ندارد و چون در حقوق تنها به معاملات توجّه می‌شود و این بحث در معاملات بی‌اهمیّت است از این رو مورد توجّه قرار نگرفته است.

در اینجا اشاره به یك مطلب بی‌فایده نخواهد بود و آن معنای اصطلاح معامله است.

چنانکه در شمارهٔ ۶۴ گذشت معامله در حقوق به معنای عقد دو جانبه است و گاهی عقد یکطرفه را نیز معامله می‌گویند[۲].

ولی در فقه و اصول معامله در مقابل عبادت است و عبادت را عملی می‌دانند که محتاج به قصد قربت است و در نتیجه معامله عملی خواهد بود که محتاج به قصد قربت نباشد و معامله به این معنا شامل عقود، ایقاعات و ضمانات نیز می‌شود[۳].

۷۷-حکم مسئله

آنچه به طور اختصار می‌توان گفت این است که نهی و منع قانونی در معاملات چند نوع است:

۱- تنها دکتر جعفری لنگرودی در **کتاب مقدّمهٔ عمومی علم حقوق**، تحت عنوان لوازم نهی به آن اشاره‌ای نموده است. رجوع شود به کتاب مزبور، شمارهٔ ۲۹۴ به بعد.

۲- دورهٔ **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۵۹.

۳- ***کفایة‌الأصول***، آخوند ملّا کاظم خراسانی، جلد اوّل، صفحهٔ ۲۸۷.

الف - گاهی نهی مبین شرائط و موانع و اجزاءِ عقد و معامله می‌باشد، در این صورت مخالفت با آن موجب فساد و بطلان است. مثلاً فصل سوّم از باب اوّل کتاب هفتم قانون مدنی در بیان موانع نکاح است و می‌دانیم تجاوز از آن موجب بطلان عقد است. ولی این بطلان به واسطهٔ فقدان شرط و یا وجود مانع است، نه به واسطهٔ دلالت نهی. مانند مادهٔ ۱۰۴۵ که می‌گوید: «نکاح با اقارب نسبی ذیل ممنوع است[۱]».

ب - گاهی نهی خود زمینهٔ یك واقعهٔ حقوقی را ایجاد می‌نماید در این صورت نمی‌توان گفت نهی موجب بطلان است مانند مواد ۶۱۷ و ۶۴۷ قانون مدنی[۲]، مادهٔ ۶۱۷: «امین نمی‌تواند... تصرّفی در ودیعه کند...» در اینجا نهی از تصرّف، زمینهٔ بوجود آمدن ضمان را ایجاد می‌کند و به عبارت ساده‌تر تصرّف موجب ضمان است. این صورت از بحث ما خارج است.

ج - گاهی نهی اگرچه به صورت ظاهر به معامله وارد شده ولی در واقع نهی از عمل دیگری است که اتفاقاً همراه و مقارن با معامله شده است. در این صورت موجب فساد و بطلان نخواهد بود، ولی به لحاظ ارتکاب یك عمل حرام و یا مخالف با قانون موجب مجازات خواهد شد مثل اینکه نگاه به اجنبی حرام و شرعاً ممنوع است. حال هرگاه این کار همراه با انجام بیع باشد می‌توان گفت چنین معاشرتی حرام است ولی نمی‌توان گفت بیع و فروش باطل است و موجب نقل و انتقال مبیع نمی‌باشد.

مثال دیگر حکم استخدام بیگانگان بدون پروانه کار که بموجب مادهٔ ۵۹ مکرر قانون کار و تبصرهٔ آن زندان، جزای نقدی، اخراج و ممنوعیت ورود مجدد دانسته شده، ولی قرارداد کار باطل اعلام نشده است. (در قانون کار، بعد از انقلاب، این ماده حذف شده).

مثال سوم: خواستگاری از زنی که در عدهٔ دیگری باشد شرعاً حرام است، ولی اگر این عمل حرام انجام گیرد و بعد از عده منجر به نکاح شود، آن نکاح باطل نخواهد بود[۳].

مثال چهارم: خواستگاری از زنی که نامزد دیگری است شرعاً حرام است ولی اگر این کار حرام انجام و منتهی به عقد نکاح شود، نکاح درست است[۴].

د - گاهی نتیجه و حاصل عملی مورد نهی قانونگذار قرار می‌گیرد در این صورت

۱- در کتاب لمعه شهید اول، می‌خوانیم: «هرگاه مادر و دختر را باهم عقد کنند عقد هر دو باطل است و همین طور عقد دو خواهر» و در شرح آن آمده است: «به علت نهی از جمع میان این دو عقد» و نیز عقد موجب جمع بین بیش از چهار زن عقدی دائم را بر اینها افزوده است. (**لمعه و شرح لمعه**، جلد دوم، ص ۶۹، چاپ عبدالرحیم).

۲- به مواد مزبور مراجعه شود.

۳ و ۴- **شرایع الاسلام**، محقق حلّی، چاپ عبدالرحیم، صفحهٔ ۱۸۴، مسألهٔ سوّم و چهارم.

مخالفت با نهی موجب بی‌ارزش بودن، فساد و بطلان آن عمل خواهد بود. مثلاً در روایات آمده که: ثمنُ العَذَرةِ سُحْتٌ یعنی: فروش مدفوع آدمی حرام است. وقتی نتیجهٔ بیع که انتقال ثمن است حرام باشد معنای آن این است که بیع باطل است.

مواد ۱۳۰ تا ۱۳۴ قانون مدنی از این قبیل است[۱]. مادهٔ ۱۳۰: «کسی حق ندارد از خانهٔ خود به فضای همسایه بدون أذن او خروجی بدهد...». این تصرف بی‌اثر است و موجب حقی نمی‌شود.

مادهٔ ۶۵۴ قانون مدنی در قمار و گروبندی نیز نمونهٔ بارزی از این مطلب است[۲].

۷۸- نتیجهٔ بحث

اقسام نهی در معامله به طور خلاصه از این قرار بود. در نتیجه نمی‌توان گفت نهی در همه موارد موجب فساد هست یا در هیچ جا موجب فساد نیست. بلکه باید در هر مورد با بررسی دقیق قانون یا با توجّه به مقررات دیگر ضمانت اجرای مناسبی برای آن پیدا کرد.

۷۹- بحثی دربارهٔ مواد ۱۶ و ۱۷ قانون حمایت خانواده

مادهٔ ۱۶- «مرد نمی‌تواند با داشتن زن همسر دوّم اختیار کند مگر در موارد زیر...».

اکنون باید دید منظور قانونگذار از این ماده چیست؟ آیا نهی که به صورت جملهٔ خبریهٔ منفی بیان شده موجب بطلان نکاح دوّم می‌شود؟ معلوم نیست و مادهٔ ۱۷ ضمانت اجرائی جز حبس برای این عمل معیّن نکرده است. قسمتی از مادهٔ ۱۷ چنین است: «هرگاه مردی با داشتن همسر، بدون تحصیل اجازه دادگاه مبادرت به ازدواج نماید به حبس جنحه‌ای از شش ماه تا یك سال محکوم خواهد شد».

در قانون حمایت خانواده پس از انقلاب اسلامی تغییرات و اصلاحاتی بوجود آمده و در مورد این دو ماده نظریهٔ فقهای شورای نگهبان قابل توجّه است: «مجازات متعاقدین و عاقد در عقد ازدواج غیررسمی مذکور در مادهٔ یك قانون ازدواج و در ازدواج مجدد مذکور در مادّهٔ ۱۷ قانون حمایت خانواده شرعی نمی‌باشد» شماره ۱۴۸۸ مورخ ۶۳/۵/۹ روزنامهٔ رسمی شماره ۱۱۵۰۲ مورخ ۱۳۶۳/۶/۳.

۱- و ۲- رجوع شود به مواد مزبور.

در پایان این بحث بد نیست اشاره شود که ابوحنیفه معتقد بوده به اینکه نهی از عملی حاکی از صحت آن است، زیرا عمل باطل و بی‌اثر احتیاجی به نهی و منع ندارد[1].

۸۰- نمونه‌هائی که در آنها نهی موجب فساد و بطلان عمل نمی‌باشد

در ایّام عادت، در حال احرام، در حال روزه و در مساجد و مشاهد مشرفه نزدیکی حرام است ولی موجب نفی ولد و سلب نسب نمی‌باشد.

مثالهای حقوقی دیگر برای نهی در معاملات:

به طور کلی در کتب مفصل فقهی مانند: مکاسب شیخ مرتضیٰ انصاری، شرح لمعهٔ شهیدین، شرایع‌الاسلام محقق حلّی و شرح‌های آن از قبیل جواهرالکلام شیخ محمد حسن نجفی و مسالك الأفهام شهید ثانی، موضوعات متعددی تحت عنوان «مکاسب محرمه» مورد بحث قرار گرفته که همه مصداق این بحث اصولی - نهی در معاملات - هستند ولی حکم آنها متفاوت است: در مواردی حکم آن بطلان است و ضمان، در مواردی بطلان است و عدم ضمان، در مواردی صحت معامله و نفوذ آن و در مواردی صحت معامله با داشتن خیار. در ادامه نمونه هایی از آن آورده می‌شود:

- غش در معامله منهیٌ‌عنه است و صور گوناگونی دارد که در برخی از آنها معامله صحیح است و خیاری و در برخی باطل، مثلاً فروش شیر آمیخته با آب یا روغن مخلوط از بد و خوب یا چای مخلوط حرام است، ولی معامله باطل نیست بلکه موجب خیار است. برعکس معامله با سکه قلب یا اسکناس جعلی غش و حرام و باطل و موجب ضمان است.

- دادن اجرت، رشوه و انجام معامله محاباتی یعنی معامله به کمتر از نرخ به مقدار بسیار کم با قاضی و برای قضاوت او حرام و باطل و موجب ضمان است یعنی قاضی باید آنچه را گرفته پس بدهد.

- ادای شهادت و نیز تحمل آن بنا به عقیدهٔ برخی واجب و گرفتن اجرت برای آن حرام

۱- ***کفایةالأصول***، آخوند ملّا کاظم خراسانی، جلد اوّل، چاپ عبدالرحیم، صفحه ۲۹۹.

حنفی‌ها اصولاً بین فساد و بطلان فرق می‌گذارند برای اطلاع از این مطلب می‌توان به کتاب ***«الوسیط من اصول فقه‌الحنفیه»*** تألیف احمد فهمی و نیز به کتاب ***الفقه علیٰ‌المذاهب الاربعه***، تألیف عبدالرحمن الجزیری، ج ۲، ص ۲۲۴ مراجعه کرد.

است.[۱]

برخی از فقهای معاصر برای نهی در معامله صور و مثال‌هائی آورده‌اند:

- بیع به وقت ندا یعنی انجام معاملات در وقت نماز جمعه مورد نهی قرار گرفته است[۲].
- بَيْعُ الْمُصْحَف لِلْكافَرِ یعنی : فروختن قرآن به کافر و بيْعُ السِّلاحِ لِاعْداءِ الدِّين یعنی: فروختن اسلحه به دشمنان دین و مصادیق آیهٔ کریمهٔ «لَنْ يَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً». مانند وصی قرار دادن کافر برای یتیم مسلمان.
- نهی از معامله ربوی به شرحی که در کتب فقهی آمده است.
- نهی از نتیجه مانند ثَمَنُ العَذرَةِ سُحْتٌ (از مصادیق بند دال شمارهٔ ۷۷).

در مورد اول نهی موجب فساد معامله نیست ولی در سه مورد دیگر نهی موجب فساد معامله می‌باشد و البته در بعض موارد آن اختلاف نظر هم وجود دارد[۳].

۱/۸۰ - *صحت یا بطلان قرارداد مبتنی بر رشوه*

فرض کنید نمایندهٔ دولت در انعقاد قرارداد با شرکتی داخلی و خارجی رشوه بگیرد و قراردادی را امضا کند. گرفتن رشوه جرم است و حرام، مجازات دارد و گناه است؛ ولی آیا علاوه بر این آثار، قرارداد او باطل است یا صحیح ؟ یا می‌توان فرق گذاشت میان موردی که قرارداد به زیان دولت منعقد شده باشد و موردی که زیانی به دولت نرسیده باشد که مورد نخست را باطل بدانیم و در مورد دوم قرارداد را درست و صحیح بدانیم ؟ چرا ؟ و استدلال هر یک چیست ؟

---

۱ - **مکاسب**، شیخ انصاری، چاپ عبدالرحیم، صفحه‌های ۳۱-۳۶ و ۶۶.

۲- آیهٔ ۹ از سورهٔ جمعه

۳- ***انوارالاصول***، مکارم، ج ۱، ص ۶۲۲ به بعد.

گفتار چهارم - مفهوم و منطوق

۸۱- تعریف منطوق و مفهوم

منطوق عبارت از معنائی است که مستقیماً از کلام فهمیده می‌شود و موضوع آن در جمله ذکر شده باشد.

مفهوم عبارت از معنائی است که در کلام بیان نشده ولی با توجّه به ساختمان ترکیبی آن فهمیده می‌شود، و موضوع آن نیز در جمله ذکر نشده باشد[۱].

مثال - مادهٔ ۲۴ قانون مدنی می‌گوید: «هیچ کس نمی‌تواند طرق و شوارع عامه و کوچه هائی راکه آخر آنها مسدود نیست تملك نماید». از این ماده دو حکم فهمیده می‌شود یکی اینکه کوچه‌ای که آخرش مسدود نیست قابل تملك نیست، دیگر آنکه کوچه‌ای که آخرش مسدود است قابل تملك است. حکم اوّل در کلام و نطق آمده است و مستقیماً از ماده استفاده می‌شود و در اصطلاح اصول آن را منطوق گویند و حکم دوّم در کلام و نطق نیامده بلکه از ترکیب و ساختمان آن فهمیده می‌شود و اصطلاحاً آن را مفهوم نامند.

منطوق و مفهوم، صفتِ معنا و مدلول‌اند نه صفت لفظ و نه صفت دلالت[۲]. بنابراین درست نیست که بگوئیم لفظ منطوق و لفظ مفهوم یا دلالت منطوق و دلالت مفهوم، بلکه باید بگوئیم معنای منطوق و معنای مفهوم یا مدلول منطوقی و مدلول مفهومی. ولی معمولاً موصوف

۱- اصولیین در تعریف منطوق و مفهوم تعبیراتی دارند، مثلاً عبارت ***قوانین‌الاصول*** در تعریف آنها چنین است: ***«اَلْمَنْطُوقُ مَدْلُولٌ یَکُونُ حُکماً مِنْ اَحْکامِ شَیْئیٍ مَذْکورٍ اَوْ حالاً مِنْ اَحْوالِهِ وَالْمَفْهُومُ یَکُون حُکْماً مِنْ اَحْکامِ شَیْئیٍ غَیْرِ مَذْکُورٍ او حَالاً مِنْ اَحْوالِهِ»*** (جلد اوّل، صفحهٔ ۱۶۸، چاپ تقرشی).

تعریف صاحب کفایه از مفهوم بدین نحو است: ***«اَلْمَفْهُومُ... حُکْمٌ اِنْشائیٌ اَوْ اِخْباریٌ تَسْتَتْبِعُهُ خصُوصِیَةُالْمَعْنَی‌الّذی اُریدَ من‌اللفظ بِتِلکَ الخصوصیةِ...» کفایة الاصول***،(جلد اوّل، بحث مفهوم و منطوق، صفحهٔ ۳۰۰، چاپ طاهر) او می‌نویسد مفهوم حکمی است غیرمذکور نه حکمی برای غیرمذکور چنانکه در تعریف قوانین آمده است.

۲- ***تقریرات اصول*** مرحوم استاد شهابی، صفحهٔ ۷۹ و ***کفایةالأصول***، آخوند ملّا کاظم خراسانی، جلد اوّل، صفحهٔ ۳۰۱.

را حذف نموده می‌گویند مفهوم و منطوق.

تعریف منطوق و مفهوم به بیانی که گذشت و در برابر هم قرار دادن آنها در اصطلاح اصول فقه است، وگرنه در عرف عام منطوق کمتر به کار رفته و مفهوم در معنائی وسیع که شامل منطوق هم می‌شود به کار می‌رود، چنانکه می‌گویند مفهوم این کلام یا آن ماده یا این شعر چنین است. مفهوم عرفی به معنای مدلول است اعم از آنچه در کلام ذکر شده باشد (منطوق اصولی) یا ذکر نشده باشد (مفهوم اصولی).

هر جمله و کلامی منطوق دارد ولی نباید تصوّر کرد که حتماً باید مفهوم هم داشته باشد. مثلاً مادهٔ ۱۰۰۳ قانون مدنی می‌گوید: «هیچ کس نمی‌تواند بیش از یك اقامتگاه داشته باشد» این ماده فقط منطوق دارد ولی مفهوم ندارد[۱].

۸۲-*اقسام منطوق*

منطوق بر دو نوع است صریح و غیر صریح (مدلول سیاقی).

منطوق صریح آن است که مدلول مطابقی کلام باشد. مانند مثالی که گذشت، یا مدلول تضمنی آن باشد مثل دلالت مواد ۲۱۴ و ۲۱۵ و ۲۱۶ قانون مدنی بر احکام ثمن[۲]. چه در این مواد احکامی دربارهٔ «مورد معامله» ذکر شده و می‌دانیم که مورد معامله در بیع دارای دو جزء است: مبیع و ثمن و نیز می‌دانیم که دلالت لفظ بر جزءِ معنا دلالت تضمنی، دلالت آن بر تمام معنا دلالت مطابقی و دلالتش بر لوازم معنا دلالت التزامی است[۳]. برای روشن شدن این اصطلاحات مثالی می‌زنیم:

این کتاب را فروختم:

دلالت مطابقی: تمام کتاب.

دلالت تضمنی: جلد یا هر برگ آن.

دلالت التزامی: معلوم می‌شود که فروشنده مالك کتاب بوده است.

منطوق غیرصریح آن است که مدلول از لوازم کلام باشد و برای آن سه قسم بیان کرده‌اند:

۱- **مقدمهٔ عمومی علم حقوق**، دکتر جعفری لنگرودی، صفحهٔ ۲۵۵.

۲- به مواد مذکور مراجعه شود.

۳- **منظومهٔ** حاج ملاهادی سبزواری در منطق، مبحث دلالات.

۱- دلالت اقتضاء ۲- دلالت تنبیه و ایماء ۳- دلالت اشاره.

۸۳- دلالت اقتضا[1]

هرگاه در یك جملهٔ خبری صدق و راستی گفتار یا در یك جملهٔ انشائی صحت و درستی آن مقتضی و مستلزم تقدیر گرفتن کلمه‌ای باشد آن را دلالت اقتضاء گویند[2] مانند حدیث نبوی: «***رُفِعَ عَنْ اُمَّتی تِسْعَةُ اَشْیاءَ: اَلْخَطا وَ النِّسیانُ وَ مَا اسْتُکرِهُوا عَلَیْهِ وَ مَا لایَعْلَمُونَ وَ ما لایُطیقُونَ وَ ما اضْطُرُّوا الیه***... یعنی: از امت من نُه چیز برداشته شده: خطا، فراموشی، اکراه، جهل و نادانی، ناتوانی، اضطرار و ناچاری و...» که برای صدق و راستی حدیث لازم است کلمه‌ای مانند مؤاخذه در تقدیر گرفت زیرا بدیهی است که نه(۹) چیزی که موضوع حدیث مزبور است برای مسلمانان وجود دارد[3].

مثال دیگر آیهٔ شریفهٔ «***وَاسْئَلِ الْقَرْیَةَ***» است که می‌دانیم از قریه (دِه) نمی‌توان سؤال و پرسش نمود و برای درستی کلام ناچار باید کلمهٔ «اهل» در تقدیر گرفت. این چیزی است که خود کلام اقتضا دارد و از این رو به دلالت اقتضا مشهور گردیده است.

مثال حقوقی که برای دلالت اقتضا به نظر رسیده مادهٔ ۹۵۴ قانون مدنی است که می‌گوید: «کلیهٔ عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و همچنین به سفه در مواردی که رشد معتبر است». بدین بیان که بین دو جمله معطوف و معطوف علیه در این ماده هیچ‌گونه تناسبی وجود ندارد و جمع بین موت و سفه در یك حکم و در یك ماده کاملاً بی‌ربط و بی‌تناسب است و کلام اقتضا می‌نماید که کلمهٔ «جنون» بعد از کلمهٔ «به موت» در تقدیر گرفته شود تا تناسب بین اجزاءِ کلام در ماده رعایت و برقرار شود.

بعضی ازشارحان قانون مدنی[4] احتمال داده‌اند که در موقع استنساخ قانون مدنی برای طبع و نشر از روی نسخهٔ اصلی کلمهٔ «و جنون» ساقط شده باشد. به هر حال اگر این احتمال هم

۱- ***هِیَ دلالَةٌ مَقْصودَةٌ لِلْمُتَکلِّم یَتَوَقَّف صِحَّةُالْکَلامِ عَقْلاً اَوْ شَرْعاً عَلَیْهِ***. ***فصول فی‌الاصول***، تألیف شیخ محمد حسین بن عبدالرحیم، بحث مفهوم و منطوق، فصل دوّم.

۲- ***قوانین‌الأصول***، میرزای قمی، جلد اوّل، چاپ عبدالرحیم، صفحهٔ ۱۶۸، ***تقریرات اصول*** مرحوم استاد شهابی، صفحهٔ ۸۰.

۳- ***رسائل*** شیخ مرتضیٰ انصاری در اصل برائت، چاپ تبریزی، صفحهٔ ۳۳۸، ۱۳۱۳ قمری. /متن خبر در کتاب‌وسائل‌الشیعه/ باب ۳۶/ حدیث دوم.

۴- ***حقوق مدنی***، مرحوم دکتر امامی، چاپ دانشگاه، جلد اوّل، صفحهٔ ۲۴۰.

ثابت نشود به دلالت اقتضا باید کلمهٔ «جنون» در تقدیر گرفته شود تا تناسب بین اجزاءِ ماده محفوظ بماند.

باید توجّه داشت که دلالت اقتضا در عین حالی که از دلالت‌های التزامی است، مقصود متکلّم نیز می‌باشد و این معنا بخوبی از مثال زیر، که از باب دلالت اقتضا شمرده شده، روشن می‌شود: *اِشْتَرِ بِمالی هٰذا طَعاماً لِنَفْسِكَ*. یعنی با این مال من برای خودت غذائی بخر. زیرا فقها[1] می‌گویند در این مورد باید مقصود متکلّم این باشد که یا این مال را به تو می‌بخشم، یا قرض می‌دهم و آن مال به نحوی به مخاطب منتقل شود و سپس او بتواند برای خودش با آن چیزی بخرد.

مثال دیگر برای دلالت التزامی اقتضائی این است که علیه کسی ادعای طلبی شود و او در پاسخ گوید: «من طلب تو را داده‌ام» و یا جملاتی مانند این جمله به کار برد. این گونه پاسخها اگرچه به دلالت مطابقی رد ادعاست ولی به دلالت التزامی و به طور ضمنی اقرار است به اینکه طلب و بدهی وجود داشته است.

مثال دیگر: ماده ۸۲۱ قانون مدنی می‌گوید: حق شفعه فوری است، که منظور اعمال آن است.

۸۴- دلالت تنبیه و ایماء

دلالت تنبیه و ایماء عبارت از این است که کلام دارای قیدی است که به نظر می‌رسد آن قید علت حکم است وگرنه نمی‌بایست ذکر شود، مانند این حدیث: «***لا یَقْضِی الْقاضی وَ هُوَ غَضْبانُ***» یعنی قاضی نباید در حال عصبانیت حکم دهد. از این عبارت فهمیده می‌شود که علت حکم نکردن، خشم و عصبانیت است. مثال دیگر: «***مَنْ اَحْییٰ اَرْضاً مَیْتاً فَهِیَ لَهُ***» از این عبارت فهمیده می‌شود که علت تملك، احیاء و عمران است و با از بین رفتن آن، معلول (ملکیت) هم از بین می‌رود[2].

برای دلالت تنبیه و ایماء شش قسم بیان شده که هر یك خود دارای اقسامی است و می‌توان از کتاب الأحکام آمدی در این باره استفادهٔ فراوان برد[3].

۱- ***متاجر***، شیخ انصاری، چاپ خوانساری، صفحه ۸۹.

۲- ***مسالک الافهام***، شهید ثانی، احیای موات.

۳- ***الاحکام***، سیف‌الدین آمِدی، جلد سوّم، صفحهٔ ۳۹-۴۲.

مثال حقوقی: ماده ۶۹۱ قانون مدنی می‌گوید: «ضمان دینی که سبب آن ایجاد نشده باطل است» از این ماده هم حکم بطلان ضمان فهمیده می‌شود و هم علت آن که فقدان سبب است.
این دلالت نیز مقصود متکلّم است.

۸۵- دلالت اشاره

دلالت اشاره عبارت از این است که گفتار لازمه‌ای داشته باشد که معمولاً مقصود گوینده نمی‌باشد ولی از گفتهٔ او نتیجه‌گیری می‌شود، مانند اینکه آیهٔ شریفهٔ: ***«وَ حَمْلُهُ وَ فِصالُهُ ثَلٰثُونَ شَهْراً»*** دلالت می‌کند بر اینکه مدّت بارداری زنان و مدّت شیر دادن آنها دو سال و نیم است و آیهٔ شریفهٔ ***«وَالْوالِداتُ یُرْضِعْنَ اَوْلادَهُنَّ حَوْلَیْنِ کامِلَیْنِ لِمَنْ اَرادَ اَنْ یُتِمَّ الرَّضاعَةَ»*** دلالت دارد بر اینکه مدّت کامل شیرخوارگی دو سال است، لازمه جمع این دو آیه این است که کمترین مدّت بارداری ششماه باشد.

این نتیجه در حقوق مدنی ما نیز مورد استفاده قرار گرفته است. مادهٔ ۱۱۵۸ قانون مدنی چنین است: «طفل متولّد در زمان زوجیّت ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولّد کمتر از ششماه و بیشتر از ده ماه نگذشته باشد».

مثال دیگر: یکی از آیات قرآنی می‌فرماید: «قرآن در ماه رمضان نازل شده» و آیه دیگری می‌فرماید: «آن را در شب قدر نازل کردیم» لازمهٔ جمع این دو آیه این است که شب قدر در ماه رمضان باشد[1].

مثال حقوقی آن را می‌توان در مواد ۴۷ و ۴۸ و ۱۱۷ قانون ثبت اسناد جستجو کرد:

توضیح آنکه مادهٔ ۱۱۷ قانون ثبت می‌گوید: «هر کس بموجب سند رسمی یا عادی نسبت به عین یا منفعت مالی (اعم از منقول یا غیرمنقول) حقی به شخص یا اشخاصی داده و بعد نسبت به همان عین یا منفعت بموجب سند رسمی معامله یا تعهدی معارض با حقّ مزبور بنماید به حبس جنایی درجه یك از سه تا ده سال محکوم خواهد شد».

و از طرفی بموجب مواد ۴۷ و ۴۸ همان قانون در نقاطی که ثبت اسناد اجباری شده باشد سند عادی در نقل و انتقال اموال و منافع آن قابل پذیرش در ادارات و محاکم نمی‌باشد. پس نتیجه‌گیری می‌شود که هرگاه یکی از دو معامله مورد بحث بموجب سند عادی واقع شده باشد معاملهٔ معارض نیست و مشمول مادهٔ ۱۱۷ نمی‌باشد، بلکه بر فرض احراز سوءِ نیّت ممکن

۱- آیهٔ ۱۸۵ از سورهٔ بقره: ***شَهْرُ رَمَضانَ الَّذی اُنْزِلَ فیهِ الْقُرآنُ»*** و آیهٔ یکم از سورهٔ قدر: ***«اِنّا اَنْزَلْناهُ فی لَیْلَةِ الْقَدْرِ»***.

است با مادهٔ کیفری دیگر، منطبق باشد.

رأی لازم‌الأتباع هیأت عمومی دیوان کشور شمارهٔ ۳۴-۱۰-۱۳۵۱/۸/۱ در این مورد به شرح زیر است:

«نظر به اینکه شرط تحقق بزه مشمول مادهٔ ۱۱۷ قانون ثبت اسناد و املاك، قابلیت تعارض دو معامله یا تعهد نسبت به یك مال می‌باشد و در نقاطی که ثبت رسمی اسناد مربوط به عقود و معاملات اموال غیرمنقول بموجب بند اوّل مادهٔ ۴۷ قانون مزبور اجباری باشد سند عادی راجع به معاملهٔ آن اموال طبق مادهٔ ۴۸ همان قانون در هیچ یك از ادارات و محاکم پذیرفته نشده و قابلیت تعارض با سند رسمی نخواهد داشت، بنابراین چنانکه کسی در این قبیل نقاط با وجود اجباری بودن ثبت رسمی اسناد، قبلاً معامله‌ای نسبت به مال غیرمنقول به وسیلهٔ سند عادی انجام دهد و سپس بموجب سند رسمی معامله‌ای معارض با معاملهٔ اوّل در مورد همان مال واقع سازد عمل او از مصادیق مادهٔ ۱۱۷ قانون ثبت اسناد نخواهد بود بلکه ممکن است بر فرض احراز سوء نیت با مادهٔ کیفری دیگری قابل انطباق باشد این رأی طبق قانون وحدت رویهٔ قضائی مصوّب سال ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها در موارد مشابه لازم‌الأتباع است».

مثال دیگر: مادهٔ ۳۶۲ قانون امور حسبی که دلالت می‌کند بر اینکه درخواست کننده باید مدارك لازم را پیوست درخواست انحصار وراثت نماید. موضوع ماده ۳۶۰ همان قانون[۱].

مثال دیگر: مواد ۸۲۱-۸۰۸ ق.م که دلالت دارند بر اینکه اعسار، اهمال و مماطله در تأدیهٔ ثمن از طرف شفیع حق شفعه او را ساقط می‌کند[۲].

۱- مادهٔ ۳۶۰: در صورتی که وراث متوفی... بخواهند تصدیق انحصار وراثت تحصیل کنند درخواست نامهٔ کتبی... به دادگاه تسلیم می‌نمایند.

مادهٔ ۳۶۲: پس از انقضاءِ سه ماه... دادگاه تمام ادلّه و اسناد درخواست کننده را... در نظر گرفته، تصدیقی... صادر می‌نماید. این ماده در تیرماه ۱۳۷۴ اصلاح شده.

۲- مادهٔ ۸۰۸ ق.م: «...شریك دیگر حقّ دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصهٔ مبیعه را تملك کند...».

مادهٔ ۸۲۱ ق.م: «...حق شفعه فوری است».

۸۵/۱- چند نکته

این بود معنا و اقسام منطوق. در اینجا ذکر چند نکته لازم است:

صاحب قوانین پس از ذکر اقسام منطوق می‌نویسد: برخی از اصولیین مصادیق منطوق غیرصریح را جزو مفاهیم شمرده‌اند[۱].

مرحوم شیخ محمدرضا مظفر[۲] دلالت اقتضا، تنبیه و اشاره را از انواع دلالت منطوقی نشمرده بلکه آنها را در برابر دلالت منطوقی و دلالت مفهومی، نوع سوّم از انواع دلالت شمرده است ولی نام دلالت سیاقی را برای آنها حفظ کرده است.

نکته دیگری از عقیده ایشان که باید به آن توجّه داشت این است که وی دلالت تضمنی را نیز از دلالت منطوقی خارج دانسته و آن را دلالت مفهومی دانسته است.

از میان این عقائد گوناگون آنچه به‌نظر درست می‌آید این است که:

اولاً- منطوق غیرصریح را نیز منطوق بدانیم، نه مفهوم. زیرا تعریف منطوق - «معنایی است که مستقیماً از کلام فهمیده می‌شود و موضوع آن در جمله ذکر شده باشد» - بر آن صدق می‌کند.

ثانیاً- دلالت سیاقی - یا منطوق غیرصریح - را نوع سومی ندانیم. زیرا این گونه عناوین مطالب علمی نیستند که بتوان آنها را تغییر داد، بلکه اصطلاحاتی هستند برای نامگذاری و تغییرنام و اصطلاح مایهٔ سردرگمی در مقام استدلال است و باید از آن دوری کرد.

ثالثاً- دلالت تضمّنی را نیز منطوق بدانیم زیرا مشمول تعریف منطوق است.

۸۶-اقسام مفهوم

در تعریف مفهوم گفته شد: مفهوم معنائی است که بیان نشده ولی از ساختمان جمله فهمیده می‌شود و موضوع آن نیز در جمله ذکر نشده باشد. اکنون به بیان اقسام آن می‌پردازیم:

مفهوم بر دو قسم است: مفهوم موافق و مفهوم مخالف.

مفهوم موافق قضیه‌ای است که حکم آن نفیاً و اثباتاً موافق حکم منطوق باشد.

مفهوم مخالف قضیه‌ای است که حکم آن نفیاً و اثباتاً مخالف حکم منطوق باشد[۳].

۱- ***قوانین‌الأصول***، میرزای قمی، چاپ عبدالرحیم، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۷۱.

۲- ***اصول‌الفقه***، شیخ محمدرضا المظفر، جلد اوّل، چاپ دوّم، صفحهٔ ۱۳۱ و ۱۳۲.

۳- ***قوانین‌الأصول***، میرزای قمی، چاپ عبدالرحیم، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۷۱.

مفهوم موافق را لحن خطاب یا فحوای خطاب و مفهوم مخالف را دلیل خطاب هم می‌گویند[۱].

۸۷- *اقسام مفهوم موافق*

مفهوم موافق بر دو قسم است: گاهی علّت حکم در مفهوم، قوی‌تر و شدیدتر از علّت حکم در منطوق است که آن را اصطلاحاً قیاس اولویت نامند. لیکن گاهی چنین نیست و قضیه یك قیاس سادهٔ اصولی یا تمثیل منطقی است.

مثال قسم اوّل - آیهٔ شریفهٔ: «*وَلاتَقُلْ لَهُما اُفٍّ*[۲]...» از این آیه استفاده می‌شود که زدن و آزار رسانیدن به پدر و مادر به طریق اولیٰ حرام است.

و روایت: «*اَلنّاسُ مسَلَّطُونَ عَلیٰ اَمْوالِهِم*» بر جواز و صحت تصرف در حقوق مالی به طریق اولیٰ دلالت دارد.

و آیهٔ شریفهٔ: *فَمَنْ یَعْمَلْ مِثْقالَ ذَرَّةٍ خَیْراً یَرَهُ وَ مَنْ یَعْمَلْ مِثْقالَ ذَرَّةٍ شَرّاً یَرَهُ*[۳]. یعنی هر کس اندکی کار خوب یا بد کند اثر آن را می‌بیند که به طریق اولیٰ بر پاداش و کیفر در برابر کارهای بیشتر دلالت دارد.

مثال دیگر: عدم اعتبار لفظ در عقود برای شخص لال به استناد حدیث مربوط به او در مورد رجوع در طلاق که فرموده است: *یَلُفُّ قِناعَها عَلیٰ رأسِها وَ یَجْذِبُهُ*[۴]. یعنی: روسری او را بیندازد روی سرش و آن (روسری) را بکشد.

توضیح آنکه بموجب این روایت شخص لال می‌تواند پس از طلاق دادن زن خود با اشاره رجوع کند و صیغهٔ لفظی از او خواسته نشده. این روایت به طریق اولیٰ دلالت دارد که چنین کسی در عقود و ایقاعات دیگر هم می‌تواند از اشاره به جای لفظ استفاده کند.

مثال حقوقی - می‌دانیم طبق مادهٔ ۵۸۹ قانون آئین دادرسی مدنی هرگاه شخص ثالث به اجرای حکم دادگاه اعتراض کند و دادگاه تشخیص دهد که اجرای حکم خطر یا ضرر غیرقابل جبرانی برای او خواهد داشت، میتواند به استناد مادهٔ مزبور و به طریق اولیٰ قرار تأمین را متوقّف سازد[۵].

مثال حقوقی دیگر مادهٔ ۲۴۹ ق.م در مورد سکوت مالك و ماده ۲۰۳ در اکراه و مواد ۲۷۵ در تعهدات و مواد ۳۱۵ و ۳۱۶ در غصب.

۱- *قوانین‌الأصول*، میرزای قمی، چاپ عبدالرحیم، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۷۱.

۲- سورهٔ اسراء، آیهٔ ۲۳. ۳- سورهٔ زلزال، آیهٔ ۶و۷.

۴- *مکاسب*، شیخ انصاری، ج ۷، ص ۹.

۵- *مقدمهٔ عمومی علم حقوق*، تألیف دکتر جعفری لنگرودی، صفحهٔ ۱۸۲.

برای مفهوم موافق قسم دوم می‌توان مثال‌های زیر را ذکر کرد.

مادهٔ ۶۹۱ قانون مدنی می‌گوید: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است» از تقییدی که در ماده وجود دارد می‌توان فهمید که علّت بطلان ضمان در مادهٔ مزبور موجود نبودن سبب دین در زمان انعقاد عقد ضمان است و می‌دانیم که حواله نیز عقدی است شبیه ضمان از این جهت که هر دو مبتنی بر انتقال دین هستند، از این رو می‌توان گفت هرگاه علّت مزبور در مورد حواله نیز وجود یابد موجب بطلان آن خواهد شد و به طور خلاصه می‌توان به قیاس بر ضمان گفت حوالهٔ دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است[۱].

مادهٔ ۳۸۷ قانون مدنی می‌گوید: «اگر مبیع قبل از تسلیم... تلف شود بیع منفسخ و ثمن باید به مشتری مسترد گردد». می‌دانیم تفاوت ثمن و مبیع اعتباری است و با توجّه به این شباهت کامل می‌توان گفت حکم مادهٔ مزبور در مورد تلف ثمن معین قبل از قبض نیز جاری است[۲].

۸۸- حجّیت مفهوم موافق

نوع اوّلِ مفهوم موافق که مشهور به قیاس اولویت است به عقیدهٔ تمام اصولیین حجّت است و تنها از «فرقهٔ ظاهری» نقل خلاف شده است. ولی در نحوهٔ حجیّت آن بحث است:

گروهی آن را دلالت لفظی و گروه دیگر آن را دلالت عقلی و قیاس می‌دانند. از ورود در نقل قول ظاهریها و تحقیق در اینکه دلالت لفظی یا قیاسی است به علّت کمی وقت و کمی فائده خودداری می‌شود و می‌توان هر دو مطلب را به تفصیل در کتاب‌الاحکام آمدی دید[۳] و در باب قیاس نیز دوباره به این مطلب اشاره خواهیم کرد.

نوع دوّم مفهوم موافق، قیاس اصولی و فقهی و تمثیل منطقی است و از نوع قیاس مستنبط‌العله می‌باشد که در حجیّت آن بین اصولیین بخصوص بین شیعه و سنی اختلاف است و چون بحث مستقلی است به جای خودش (مبحث قیاس مستنبط‌العله) موکول می‌شود.

۸۹- مفهوم مخالف

مفهوم مخالف: قضیه‌ای است که حکم آن نفیاً و اثباتاً مخالف منطوق باشد. مثلاً مادهٔ ۶۹۱ قانون مدنی می‌گوید: «ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده است باطل است». مفهوم

۱- مقدمهٔ جلد دوّم **حقوق مدنی** مرحوم دکتر امامی، صفحهٔ لا، چاپ دانشگاه تهران.

۲- **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی،جلد اوّل، صفحهٔ ۴۶۵، چاپ دانشگاه تهران.

۳- جلد دوم ***الأحکام*** آمدی، صفحهٔ ۱۴۲ تا ۱۴۵.

مخالف آن این است که ضمان دینی که سبب آن ایجاد شده باطل نیست[۱].

مثال دوّم - مادهٔ ۷۹ آئین دادرسی مدنی سابق می‌گوید: «دعاوی متعدد را که منشأ و مبنای آنها مختلف است نمی‌توان بموجب يك دادخواست اقامه نمود...»[۲]. مفهوم مخالف آن این است که دعاوی متعدد ناشی از یک مبنا را می‌توان با یک دادخواست درخواست نمود. مانند دعوای مهریه و نفقه که ناشی از عقد نکاح هستند.

مثال سوّم - مفهوم مخالف مادهٔ ۳۶۰ قانون مدنی که می‌گوید «هر چیزی که فروش آن مستقلاً جایز است استثنای آن از مبیع نیز جایز است» این است: چیزی که مستقلاً قابل فروش نیست استثنای آن از مبیع جایز نیست، مانند حق ارتفاق.

۹۰- *اقسام مفهوم مخالف*

برای مفهوم مخالف اصولیین شیعه[۳] شش نوع بیان نموده‌اند که عبارتند از: مفهوم شرط، مفهوم وصف، مفهوم غایت، مفهوم حصر، مفهوم لقب و مفهوم عدد. ولی در کتب علمای اهل تسنّن[۴] تا ده قسم برای آن برشمرده‌اند که می‌توان آنها را به همان شش نوع برگرداند.

۹۱- *آیا مفهوم مخالف حجّت است؟*

بین اصولیین در این مورد اختلاف است. آنچه به طور خلاصه می‌توان گفت این است که بیشتر اصولیین مفهوم جملهٔ شرط، غایت و حصر را حجّت می‌دانند و مفهوم جملهٔ وصف و لقب و عدد را حجّت نمی‌دانند. ولی برای آشنائی بیشتر با این اصطلاحات و امکان تطبیق آنها بر مصادیق حقوقی، هر يك را جدا طرح کرده و به اختصار بررسی می‌کنیم.

پیش از این بحث بد نیست بدانیم که برخی از استادان[۵] عقیده دارند که بحث در پیرامون حجّت بودن و حجّت نبودن این امور در حقیقت به این بازمی‌گردد که آیا اینها را مفهومی هست یا نه؟...

۱- مقدمهٔ جلد دوّم کتاب **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، صفحهٔ لب.

۲- **مقدمهٔ عمومی علم حقوق**، دکتر جعفری لنگرودی، صفحهٔ ۲۵۶-۲۵۵.

۳- ***قوانین‌الأصول***، میرزای قمی، چاپ عبدالرحیم، جلد اوّل، از صفحهٔ ۱۷۱ به بعد.

۴- ***الأحکام آمدی***، جلد دوّم، صفحهٔ ۱۴۴.

۵- ***تقریرات اصول***، مرحوم استاد شهابی، صفحهٔ ۸۳-۸۴.

۹۲- آیا مفهوم شرط حجّت است؟

شرط در اصطلاح اصولیین عبارت است از قیدی که از عدم آن عدم مشروط لازم آید بدون اینکه وجودش مستلزم وجود مشروط باشد. مانند قدرت بر تسلیم مبیع که شرط بیع است. ولی شرطی که در اینجا مورد بحث است شرط اصولی نیست، بلکه شرط نحوی است. یعنی جملهٔ شرط و جزا و ادات شرط[1] مانند: اگر در مسابقه برنده شوی جایزه می‌گیری. پس بهتر است بحث را چنین عنوان کنیم: آیا مفهوم جملهٔ شرطیه حجّت است؟

در پاسخ باید گفت بیشتر اصولیین معتقدند که مفهوم جملهٔ شرطیه حجّت است و چند دلیل دارند که مهم‌ترین آنها تبادر است. منظور از تبادر، چنانکه در حقیقت و مجاز گذشت، فهم عرفی است. یعنی عرفاً از جملهٔ شرطیه فهمیده می‌شود که منظور متکلّم از جمله شرطیه این است که در صورت وجود شرط، جزا بر آن مترتب است و در صورت عدم شرط، جزا نیز معدوم و منتفی خواهد بود. مثلاً مادهٔ ۱۰۵ قانون آئین دادرسی کیفری چنین بود: «... و اگر لازم باشد محل را قفل و مهر و موم کرده نظارت آن را به پلیس یا مستحفظ مخصوص بسپارد». مفهوم این جمله این است که در صورت عدم لزوم، بازپرس حق ندارد محل را قفل و مهر و موم نماید.

نکته‌ای که در اینجا ذکر آن لازم است این است که منظور از جملهٔ شرطیه این نیست که لزوماً حرف شرط (إن) در جملهٔ عربی و (اگر) در جملهٔ فارسی در ابتدای آن باشد، بلکه هر کلمه یا کلماتی که مفید شرطیت باشد همین وضع را خواهد داشت مانند: هرگاه، چنانچه و در صورتی که.

مثال دیگر بند دوم مادهٔ ۸۳۳ قانون مدنی در مورد تصرّف ورثه در موصی به است، «... اگر تأخیر این اعلام موجب تضرر ورثه باشد حاکم موصی‌له را مجبور می‌کند که تصمیم خود را معین نماید». مفهوم مخالف این ماده این است که اگر تأخیر تصمیم موصیٰ‌له ضرری بر ورثه نزند اجبار موصیٰ‌له به تصمیم‌گیری موردی ندارد.

نکته ـ قضیّهٔ شرطیهٔ سالبهٔ به انتفاءِ موضوع مفهوم ندارد.

باید توجه داشت که هرگاه شرط وجود موضوع را تشکیل دهد نمی‌تواند مفهوم داشته باشد. زیرا در این صورت قضیه سالبهٔ به انتفاءِ موضوع می‌شود. مانند: اگر شما در امتحان شرکت کنید من ورقه‌تان را تصحیح می‌کنم. اگر دانشجو باشید تعطیلی میان ترم خواهید داشت و

۱- ***قوانین الأصول***، تألیف میرزای قمی، چاپ تفرشی، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۷۵.

مانند اینها.

مثال دیگر: در مورد ولایت جد آمده است که اگر جد نوهٔ خود را شوهر دهد و پدر آن دختر هم زنده باشد عقد جد درست است. در اینجا مسأله تعارض ولایت جد و ولایت پدرمطرح است، این مسأله وقتی مورد پیدا می‌کند که هر دو زنده باشند و نباید پنداشت که ولایت جد مشروط به زنده بودن پدردختر شده است(۱).

۹۳-آیا مفهوم غایت حجّت است؟

هرگاه موضوع حکم مقید به غایت و نهایت باشد آیا این تقیید دلالت دارد بر اینکه حکم بعد از غایت و نهایت،مخالفِ حکم پیش از آن است؟

ظاهراً فهم عرفی و تبادر چنین است و بیشتر اصولیین نیز بر این عقیده‌اند و به عبارت دیگر مفهوم غایت را حجّت می‌دانند.

مثال فقهی: آیهٔ شریفهٔ: «***فَاِنْ طَلَّقَها فَلاٰتَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتّیٰ تَنْکِحَ زَوْجاً غَیْرَهُ***(۲)» منطوق آیه حرمت نکاح زن سه طلاقه را بیان می‌نماید و مفهوم آن چنین می‌فهماند که پس از نکاح محلل و انحلال آن، ازدواج شوهر اوّل با او حرام نیست.

مثال دیگر آیه مربوط به روزه: «***کُلُوا وَاشْرَبُوا حَتّیٰ یَتَبَیَّنَ لَکُمُ‌الْخیطُ...***(۳) یعنی: بخورید و بیاشامید تا سپیده بدمد...». یعنی پس از دمیدن سپیدهٔ صبح خوردن و نوشیدن حرام و مبطل روزه است.

مثال سوم آیهٔ کریمه: «... ***فَاَتِمُّوا اِلَیهِمْ عَهْدَهِمْ اِلی مُدَّتِهِم***(۴)». یعنی: با آنها که پیمان بسته‌اید پیمان خود را تا پایان مدّت رعایت کنید. یعنی پس از پایان مدت پیمان رعایت آن لازم نیست.

مثال قانونی – مادهٔ ۸۳۳ قانون مدنی: «ورثهٔ موصی نمی‌تواند در موصی‌به تصرّف کند مادام که موصی‌له رد یا قبول خود را به آنها اعلام نکرده است...». مفهوم این ماده دارای دو صورت است: یکی اینکه موصی‌له قبولی خود را اعلام کند در این صورت تصرّف ورثهٔ موصی در موصی‌به غیرقانونی است و دیگر اینکه موصی‌له، موصی‌به را ردکند در این صورت تصرّف ورثهٔ موصی در آن مجاز و قانونی است.

مثال دیگر– مادهٔ ۱۱۴۵ قانون مدنی می‌گوید: در موارد ذیل طلاق بائن است...

۱-***کتاب النهایه***، شیخ طوسی، صفحهٔ ۲۷۴.
۲- سورهٔ بقره، آیهٔ ۲۳۰.
۳- سورهٔ بقره، آیهٔ ۱۸۷.
۴- سورهٔ توبه، آیهٔ ۴.

۳- «طلاق خلع و مبارات مادام که زن رجوع به عوض نکرده باشد». یعنی اگر زن به عوض رجوع کند طلاق بائن تبدیل می‌شود به طلاق رجعی.

۹۴- غایت داخل مغیّا[1] است یا نه؟

آنچه گفته شد مربوط به بعد از غایت و نهایت است و امّا اینکه غایت خود دارای حکم مذکور درقضیه است یا نه؟ بحث دیگری است که مشهور است به بحث «آیا غایت داخل مغیا است یا نه» که با بحث مفهوم غایت متفاوت است و دو تفاوت مهم آن در اینجا ذکر می‌شود:

اول - اگر غایت داخل مغیّا باشد حکم آن با حکم قضیه موافق است و اگر غایت را داخل در مغیّا ندانیم حکم آن مسکوت است؛ حال آنکه در مفهوم مخالف حکم مفهوم با حکم منطوق مخالف است.

دوم - اگر غایت را داخل مغیا بدانیم مدلول منطوقی است نه مفهوم و اگر آن را خارج بدانیم مفهوم مخالف است.

اکنون که تفاوت این دو بحث روشن شد باید دانست که حکم مسأله چیست؟ برای روشن شدن مطلب مثالی می‌زنیم: مثلاً هرگاه اعلام شود که نام‌نویسی از روز شنبه تا چهارشنبه انجام خواهد گرفت گاهی این سؤال را مطرح می‌کنند که با چهارشنبه یا بی‌چهارشنبه؟

در اصول فقه در این مسأله اختلاف است و راه حلّ جامع و عامی پیدا نشده. صاحب کفایه معتقد است که چون غایت حدّ معینی است لذا از حکم آن خارج است و آنچه برخلاف این باشد به واسطهٔ قرینه است.

در حقوق گاهی دیده شده که برای رفع اشکال جواب به سؤال بالا، با افزودن قیدی مسأله را روشن می‌کنند. مثلاً تبصره یك ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی با آوردن کلمهٔ «تمام»، اشکال را برطرف کرده است. به هر حال چون راه‌حل جامعی در مسأله نداریم باید در هر مورد با کمك قرائن خاص یا با استفاده از قواعد عام، حکم مسأله را استنباط کرد.

در پاره‌ای موارد اگرچه ادات غایت به کار رفته است ولی چون مدّت معیّن شده این بحث اصولاً پیش نمی‌آید و بنابراین مواد ۱۱۱۵ قانون مدنی و ۱۳۷ و ۲۲۷ آئین دادرسی مدنی از این بحث خارج است[2]. از آوردن متن این مواد برای رعایت اختصار خودداری می‌شود.

۱- مَغیّا، به ضم میم و فتح غین و یاءِ مشدد بر وزن معمّا، حکم یا موضوعی را گویند که دارای غایت باشد.

۲- آقای دکتر جعفری لنگرودی مادهٔ ۲۲۷ را مثال برای بحث مزبور قرار داده. رجوع شود به کتاب **مقدمهٔ عمومی**

دانشجویان علاقه‌مند می‌توانند آنها را در متن قانون ببینند.

توجّه - مادهٔ ۱۷۳ قانون مجازات عمومی که می‌گوید: «هرگاه صدمهٔ وارده موجب مرض یا سلب قدرت کار کردن از کسی که صدمه خورده در مدتی زائد بر ۲۰ روز گردد مرتکب به شش ماه تا یك سال حبس تأدیبی محکوم خواهد شد و اگر صدمه وارده موجب مرض یا سلب قدرت کار کردن از کسی که صدمه خورده است، نباشد یا فقط در مدّتی کمتر از ۲۰ روز باشد مرتکب به ۱۱ روز الی ۵ ماه حبس تأدیبی محکوم خواهد شد» از مصادیق این بحث نیست. زیرا در این ماده برای مدّت کمتر از ۲۰ روز و بیشتر از ۲۰ روز مجازات تعیین شده و برای مدّت ۲۰ روز مسکوت گذارده شده بدون اینکه به صورت غایت و مغیا باشد و حکم آن را باید از قواعد دیگر استفاده کرد.

این قانون نسخ شده ولی نکته‌ای که از آن استفاده شده برای موارد مشابه قابل استفاده است.

۹۵- آیا مفهوم حصر حجّت است؟

حصر به معنای محدود نمودن است و کلمهٔ «منحصر» که در فارسی بسیار استعمال شده از همین کلمه و به همان معنا است، اسباب حصر در زبان عرب متعدد است از جملهٔ آنها است: «استثنا» که استثنا از اثبات، نفی است و استثنا از نفی، اثبات است و نیز «تقدم خبر بر مبتداء» مانند «العالم زید» و تقدم مفعول بر جمله فعلیه مانند: «***اِیّاكَ نَعْبُدُ وَ اِیّاكَ نَسْتَعینُ***» و کلمهٔ انما مانند: ***اِنَّما الشُّفْعَةُ فی مَا لَم یُقْسَمْ***[1]. در زبان فارسی کلمهٔ فقط، تنها و بس و مانند اینها برای حصر به کار می‌روند.

در اینکه حصر مفهوم دارد یا نه اختلاف است ولی بیشتر اصولیین آن را دارای مفهوم می‌دانند و به تعبیر دیگری، مفهوم حصر را حجّت می‌دانند[2].

مثلاً هرگاه بگویند فقط دانشجویانِ دانشگاه، اجازهٔ ورود به دانشگاه دارند مفهوم آن این

ادامه پاورقی از صفحه قبل

علم حقوق، شمارهٔ ۳۸۸.

۱- برای بررسی و مطالعهٔ بیشتر در مورد حصر و ادوات و اقسام آن می‌توان به کتاب ***(مطول)*** تفتازانی، قسمت «معانی»، باب پنجم در حصر مراجع نمود.

۲- ***قوانین‌الأصول***، جلد اول، چاپ عبدالرحیم، صفحهٔ ۱۸۸.

است که دانش‌آموزان (مثلاً) اجازهٔ ورود ندارند، و این مفهوم حجّت است. مهم‌ترین دلیل حجّت بودنِ مفهوم حصر، تبادر عرفی است.

مثال حقوقی: مادهٔ ۸۶۰ قانون مدنی: «غیر از پدر و جدّ پدری کس دیگر حق ندارد بر صغیر وصی معیّن کند». مفهوم آن این است که مادر، برادر و دیگران حق تعیین وصی ندارند.

مثال حقوقی دیگر اصل سیزدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «ایرانیان زرتشتی، کلیمی و مسیحی تنها اقلیت‌های دینی شناخته می‌شوند که...». بنابراین اقلیت‌های دینی دیگر به رسمیت شناخته نمی‌شوند.

۹۶- آیا مفهوم وصف حجّت است؟

منظور این است که هرگاه حکم برای موضوعی که دارای وصفی است ثابت باشد آیا می‌توان گفت در صورت فقدان وصف آن حکم از بین می‌رود یا نه؟ مثلاً هرگاه بگویند به دانشجویان شهرستانی در کوی دانشگاه اطاق داده می‌شود، آیا می‌توان گفت مفهوم آن این است که دانشجویان تهرانی استحقاق سکونت در کوی دانشگاه را ندارند؟ و آیا این مفهوم حجّت است؟

مثال قانونی - مادهٔ ۱۳۱۴ قانون مدنی می‌گوید: «شهادت اطفالی راکه به سن ۱۵ سال تمام نرسیده‌اند فقط ممکن است برای مزید اطلاع استماع نمود...». اگر مفهوم وصف حجّت باشد معنای ماده چنین است که شهادت اطفال بیش از ۱۵ سال (کمتر از ۱۸) ارزش دلیلیت دارد.

مثال دیگر: «حقوق خصوصی که از جرم تولید می‌شود ممکن است مورد صلح واقع شود» مفهوم مخالف آن است که حقوق عمومی ناشی از جرم را نمی‌توان مورد صلح قرار داد.

مواد ۹۴۰ و ۱۱۰۶ و ۱۱۰۸ قانون مدنی نیز مثالهای مناسبی برای بحث هستند.

بین اصولیین در این امر اختلاف است. بعضی مفهوم وصف را حجّت می‌دانند و برخی نمی‌دانند و نظر به محدود بودن وقت کلاس و کمی فایدهٔ بحث از ورود در بیان نظرات آنها خودداری می‌شود و کسانی که مایل به اطلاعات بیشتری باشند می‌توانند به کتاب قوانین‌الأصول، جلد اوّل و به کتاب الأحکام آمدی، جلد دوّم مراجعه کنند.

به‌نظر می‌رسد نمی‌توان به‌صورت قاعدهٔ کلی گفت که وصف مفهوم دارد یا ندارد، بلکه باید برحسب مورد و با کمک تبادر تصمیم‌گیری کرد.

نکته‌ای که تذکر آن مفید است این است که بنابر هر دو قول، وصف در چند مورد مفهوم ندارد که از جملهٔ آنها دو مورد زیر است:

اوّل - در موردی که مسلم باشد ***وصف توضیحی*** است نه تقییدی، مانند وصف مذکور در

مادهٔ ۲۶ قانون مدنی: «اموال دولتی که معدّ است برای مصالح یا انتفاعات عمومی... قابل تملك خصوصی نیست...» جملهٔ «که مُعَدّ است برای مصالح یا انتفاعات عمومی» صفت اموال است و می‌دانیم اموال دولتی که واجد چنین وصفی نباشند، وجود ندارد، از این جهت این وصف نمی‌تواند مفهوم داشته باشد[1].

مثال دیگر ماده ۸۵۰ قانون مدنی به شرحی که شارحان قانون مدنی در کتاب وصیت بیان کرده‌اند[2].

دوّم - در موردی که *وصف غالبی* باشد یعنی غالباً موصوف آن وصف را داشته باشد، مثل آیهٔ شریفهٔ ***«وَ رَبائِبُكُمُ اللّاتی فی حُجُورِكُمْ***[3]» دختران زن‌های شما که در دامان شما پرورده شده‌اند برشما حرامند. وصف «فی‌حجورکم» وصف غالبی است و مفهوم ندارد. پس دختر زن بر شوهر حرام است خواه نزد آن شوهر بزرگ شده باشد یا پیش از ازدواج با مادر.

مثال دوم آیهٔ شریفه: ***«لا تَأْكُلُواالرِّبا اَضْعافاً مُضاعَفَةً***[4]» یعنی: ربای چند برابر نگیرید. منظور این نیست که فقط ربای زیاد را حرام کنند ولی ربا اغلب رو به فزونی می‌نهد.

مثال سوم: آیهٔ شریفه ***«اِلاّ اَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ***[5]». یعنی تصرّف در مال دیگران جز به صورت تجارت با رضایت، حلال نیست. اشاره است به اینکه بیشتر معاملات از روی رضاست و آیه در صدد بیان معاملات بدون رضایت نمی‌باشد.

۹۷- مفهوم لقب

منظور از لقب، اسم خاص یا وصفی است که به جای آن ذکر شده باشد و در ادامه برای هر یك مثالی می‌آوریم.

۱- محمّد رسول‌اللّه. محمّد اسم خاص است که در اینجا آن را لقب گویند و مفهوم ندارد یعنی معنای این جمله این نیست که دیگری رسول خدا نمی‌باشد.

۲- مادهٔ ۱۰۵۹ قانون مدنی می‌گوید: «نکاح مسلمه با غیرمسلم جائز نیست». در اینجا کلمه «مسلمه» وصفی است که به جای اسم نشسته، یعنی وصفیت آن منظور نیست و وصف

۱- **مقدمهٔ عمومی علم حقوق،** تصنیف دکتر جعفر لنگرودی، شمارهٔ ۳۸۶. برخی از نویسندگان حقوق مثل دکتر کاتوزیان (**حقوق مدنی**، ج ۱، چاپ دانشکدهٔ علوم اداری شماره ۱۲۹ به بعد) بین اموال عمومی و دولتی فرق گذاشته‌اند و در این صورت مادهٔ مزبور دارای مفهوم خواهد بود.

۲- **حقوق مدنی،** مرحوم دکتر امامی، ج ۳، چاپ ۱۳۴۹، ص ۸۰.

۳- سورهٔ نساء، آیه ۲۳.

۴- سورهٔ آل عمران، آیهٔ ۱۳۰.

۵- سورهٔ نساء، آیهٔ ۲۹.

احترازی نمی‌باشد. این وصف مثل اسم خاص است، لقب است، و مفهوم ندارد. یعنی نمی‌توان گفت مفهوم این ماده این است که مرد مسلمان می‌تواند با زن غیرمسلمان نکاح کند، گرچه این مطلب تا حدّی صحیح است ولی دلیل آن مفهوم این مادّه نیست و این حکم از ادلهٔ دیگر فهمیده شده است.

لقب مفهوم ندارد و به همین جهت نمی‌توان از ماده ۳۹۹ قانون مدنی[۱] در خیار شرط، استفاده کرد که در معاملات غیر از بیع خیار شرط جریان ندارد. از اینجاست که گفته‌اند: ***«اثبات شیئی نفی ماعداه نمی‌کند»***.

مثالی فقهی برای مفهوم لقب - در روایت آمده است که: هرگاه مردی زنی را لمس نماید نکاح آن زن بر فرزند آن مرد حرام می‌شود، اگر مفهوم لقب را حجّت بدانیم مفهوم روایت این است که در این فرض، نکاح آن زن بر پدر آن حرام نمی‌شود[۲].

۹۸- مفهوم عدد

اصولیین[۳] معتقدند که عدد مفهوم ندارد مگر در جائی که قرینه‌ای وجود داشته باشد، از جمله قرائن آن است که بدانیم گوینده در صدد بیان حد و اندازه حکم است.

مثل آیهٔ شریفهٔ: ***«اَلزّانِیَةُ وَالزّانی فَاجْلِدُوا کُلَّ واحِدٍ مِنْهُما مِائَةَ جَلْدَةٍ***[۴]» یعنی: حدّ زن و مرد زناکار هر یك صد تازیانه است. کلمهٔ «مائه = صد» عدد است و مفهوم دارد.

مثال حقوقی آن را می‌توان در مادهٔ ۸۰۸ قانون مدنی دید که می‌گوید: «هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترك باشد...» حقّ شفعه بوجود می‌آید: کلمهٔ «دو» عدد است و مفهوم دارد. در این گونه مثالها ما از خارج می‌دانیم که مثلاً حدّ زنا صد تازیانه است و نزد امامیه، شفعه برای بیش از دو شریک بوجود نمی‌آید.

مثال برای مفهوم نداشتن عدد، حدیث نبوی: ***«اَنْتَ بِالْخِیارِ ثَلاثَ لَیالٍ»*** است که بیشتر فقها

۱- مادهٔ ۳۹۹: «در عقد بیع ممکن است شرط شود که در مدت معین برای بایع یا مشتری یا هر دو یا شخص خارجی اختیار فسخ معامله باشد».

۲- ***شرح لمعه***، شهید ثانی، ج ۲، چاپ عبدالرحیم، ص ۶۸.

۳- ***فصول فی الأصول***، شیخ محمدحسین بن عبدالرحیم، بدون شماره صفحه، بحث مفهوم غایت و عدد.

۴- سورهٔ نور، آیه ۲.

خیار شرط را به سه روز محدود نکرده‌اند، اگرچه برخی از فقهای اهل سنت بر این عقیده‌اند[۱].

مثال دیگر مادهٔ ۸۵۷ قانون مدنی است که می‌گوید: «موصی می‌تواند یك نفر را برای نظارت در عملیات وصی معین نماید...» زیرا می‌دانیم که موصی می‌تواند یك نفر یا بیش از یك نفر را برای نظارت بگمارد.

تمرین- در پایان این بحث توصیه می‌شود دانشجویان در اینجا بحث مفهوم مخالف را خلاصه کنند تا روشن شود که کدام حجّت است و کدام حجّت نیست.

۱- ***النظریةالعامة للموجبات والعقود***، صبحی محمصانی، صفحه ۴۶۸.

گفتار پنجم - عامّ و خاصّ

۹۹-مباحث عامّ و خاصّ و حجّیت اصالة العموم

اصولیین تحت این عنوان مباحث زیر را مطرح ساخته‌اند:

۱- تعریف عام و خاص؛

۲- اقسام عام و خاص؛

۳- الفاظ عام و خاص؛

۴- حدّ تخصیص - حدّاقل جمع - استثنای مستوعب (فراگیر)؛

۵- لفظ عام پس از تخصیص حقیقت است در مابقی یا مجاز؟

۶- لفظ عام پس از تخصیص در مابقی حجت است یا نه؟

۷- اجمال مخصص به عام سرایت می‌کند یا نه؟

۸- آیا پیش از جستجو از مخصص عمل به عام جائز است؟

۹- خطاب مشافهه. آیا خطابات قرآنی شامل معدوم و غائب هم می‌شود یا نه؟

۱۰- ضمیر خاص عام را تخصیص می‌دهد یا نه؟ مانند آیهٔ ۲۲۸ از سورهٔ بقره در مورد عدّه و رجوع شوهر در عدّه؛

۱۱- مخصص بعد از چند جمله به کدام یك برمی‌گردد؟

۱۲- خبر واحد می‌تواند قرآن را تخصیص دهد؟ (این مطلب را در بحث از قرآن خواهیم دید)

۱۳- دَوَران امر بین تخصیص و نسخ. (دوران بر وزن فوران به معنای تردید است).

در این کتاب با اشاره به تعریف عام و خاص، اقسام عام و خاص، الفاظ عام و خاص، اقسام مخصص، تخصیص عام به وسیلهٔ مفهوم، وضع مخصص بعد از چند جمله و دوران امر بین تخصیص و نسخ، یعنی بیان آن قسمت از مباحث عام و خاص که بیشتر درحقوق موضوعه قابل استفاده است، به این گفتار پایان می‌دهیم. ولی پیش از ورود در این مباحث به نکتهٔ مهمی اشاره می‌کنیم:

اصالةالعموم حجت است

اصالةالعموم یکی از اصل‌های معتبر لفظی است. این اصل حجت است. در حجیت آن تردید و اختلافی نیست. مبنای حجیت آن ظهور لفظی و بنای عقلاء است که مورد ردع و ردّ شارع قرار نگرفته و حجت و لازم‌الاجراء است.

۱۰۰- تعریف عامّ و خاصّ و مخصّص[1]

عموم در لغت یعنی شمول و فراگرفتن و عام یعنی شامل و فراگیرنده. در اصطلاح علم اصول فقه و حقوق، عام کلمه‌ای است که همهٔ افرادی را که بدان نامیده می‌شوند فراگیرد و برای آنها وضع شده باشد مانند کلمهٔ «تمام دانشمندان».

خاص کلمه‌ای است که دایرهٔ شمولش نسبت به عام محدودتر باشد، مثل حقوقدانان نسبت به دانشمندان.

مخصّص (به کسر صاد اول) دلیلی است که پاره‌ای از افرادِ عام را از حکم آن خارج سازد مانند: «تمام دانشجویان باید شهریه بدهند مگر دانشجویان ممتاز». مخصص ممکن است فردی باشد که از عام خارج شود مانند تمام دانشجویان جز پرویز. گاهی خاص به معنای مخصص به کار می‌رود مثلاً در همین مثال جملهٔ «مگر دانشجویان ممتاز» را هم مخصص می‌گویند و هم خاص.

مثال فقهی: آیهٔ شریفه: «***اَوْفُوا بِالْعُقُودِ***[2]» عام است و آیهٔ دیگر: «لٰا تَأْکُلُوا الرِّبٰا»[3] مخصص آن است.

۱- قدمای اصولیین به تعریف اصطلاحات اهمیت می‌دادند و در هر فصل به تعریف و دقت در قیود تعریفات و نقض و ابرام آنها می‌پرداختند و مباحثی وسیع را بدان اختصاص می‌دادند. لکن اصولیین متأخر این شیوه را ترک کرده‌اند و آن را کاری غیرلازم دانسته‌اند. چنانکه مثلاً برای عام و خاص در کفایةالاصول و تقریرات نائینی تعریفی دیده نمی‌شود در حالی که کتابهای پیش از اینها آن را تعریف کرده‌اند. به هر حال تعریف عام و خاص در کتاب عدةالاصول شیخ طوسی (ره) که از قدیمی‌ترین کتابهای اصولی شیعه است چنین آمده: «***معنیٰ قَولِنا فِی اللَّفْظِ اِنّه عامّ یُفیدُ اَنّه یَستغرِقُ جَمیعَ ما یَصْلحُ له... و معنیٰ قَولِنا اِنّه خاصّ یُفیدُ اَنَّهُ یَتَناوَلُ شَیْئاً مَخْصُوصاً دونَ غَیرِها مِمّا کٰانَ یَصْلحُ اَن یَتَناوَلَه....***» (صفحهٔ ۱۰۲، فصل اوّل عموم). و قاضی بیضاوی در کتاب منهاج‌الوصول که از کتابهای قدیمی اصول در مذهب شافعی است، عام را چنین تعریف کرده است: «***العٰامُّ لَفظٌ یَسْتَغْرِقُ جَمیعَ ما یَصلَحُ لَهُ بِوَضْعٍ واحِدٍ***» (صفحهٔ ۶۶، باب سوّم، در عموم و خصوص).

۲- سورهٔ مائده، آیهٔ یکم.

۳- سورهٔ آل عمران، آیهٔ ۱۲۰.

مثال حقوقی برای عام:

۱- کلیهٔ اتباع ایران باید دارای شناسنامه باشند (مادهٔ ۲۲ قانون ثبت احوال).

۲- کلیهٔ دیون... از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول است... (مادهٔ ۲۰ قانون مدنی).

مثال برای خاصّ- حیوانات و اشیائی که مالك آن را برای عمل زراعت اختصاص داده باشد... از جهت صلاحیت محاکم... در حکم مال غیرمنقول است...(مادهٔ ۱۷ ق.م).

مثال برای مخصّص - اثر قانون نسبت به آتیه است... مگر اینکه... (مادهٔ ۴ قانون مدنی).

۱۰۱- *الفاظ* عموم

در زبان عربی کلماتی از قبیل: کل - جمیع - اجمعین - کافّه - قاطبه - سائر - جمع معرف به الف و لام (که آن را جمع محلّیٰ به لام نیز می‌گویند) و نکرهٔ در سیاق نفی از صیغ عموم شمرده شده‌اند.[1] این عناوین و اسامی واضحند و احتیاج به توضیح ندارند، برای نکرهٔ در سیاق نفی مثال می‌زنیم به: ***«لاضَرَرَ وَلا ضِرارَ»***.

در زبان فارسی کلماتی مانند کلیه -کل - جمیع - همه - هر و تمام برای عموم در کلام مثبت و کلمهٔ هیچ، برای عموم در کلام منفی به کار می‌رود و ذیلاً چند مثال می‌آوریم:

۱- کلیهٔ سکنهٔ ایران... مطیع قوانین ایران خواهند بود... (مادهٔ ۵ قانون مدنی).

۲-... کلیتاً اسقاط حقوق عمومی... موجب اسقاط حقوق خصوصی نمی‌شود. (مادهٔ ۱۰ قانون آئین دادرسی کیفری پیشین).

۳- همه افراد ملت... یکسان در حمایت قانون قرار دارند... (اصل بیستم قانون اساسی پیشین).

۴- هر یک از خیارات بعد از فوت، منتقل به وارث می‌شود (مادهٔ ۴۴۵ ق.م).

۵- تمام ثمرات و متعلقات اموال منقوله و غیرمنقوله... بالتبع، مال مالك اموال مزبور است (مادهٔ ۳۲ ق.م).

۶- اصل، برائت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود، مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد (اصل سی و هفتم قانون اساسی پیشین).

۱- ***قوانین‌الاصول***، جلد اوّل، چاپ عبدالرحیم، صفحهٔ ۱۹۲.

۱۰۲- در دلالت بعض کلمات بر عموم اختلاف است از جمله:

جمع منکّر - می‌دانیم در زبان عرب دو جور جمع داریم: جمع منکر مانند «رجال» و جمع معرّف مانند «الرجال». در اینکه جمع معرف از ادات عموم است بحثی نیست ولی در دلالت جمع منکر بر عموم اختلاف است و مشهور آن را از ادات عموم نمی‌دانند[۱].

مفرد معرف به ال - در اینکه مفرد عام است یا نه اختلاف است. اجمالاً اگر (ال) برای استغراق باشد و قرینه‌ای بر این امر وجود داشته باشد مفرد معرفه عام است مثل آیهٔ شریفه: ***«اِنَّ‌الْاِنْسانَ لَفی خُسْرٍ اِلاَّ‌الَّذینَ آمَنُوا»***[۲]، در غیر این صورت مفرد معرف به ال عام نیست.

عدد - عدد نیز یکی از کلماتی است که برخی پنداشته‌اند از الفاظ عموم است ولی چنین نیست و عبارت قوانین در این مورد چنین است: ***«وَاْحْتَرَزَ بِقَیْدِالْمَوْضُوعِ لِلدِّلالَةِ عَلیٰ... اَسْماٰءِالْعَدَدِ...»***. یعنی قید «وضع‌شده» که در تعریف عام آمده است، برای خارج کردن اعداد است.

مفرد مضاف - مفرد مضاف بر عموم دلالت دارد، مانند «امتی» در جملهٔ ***«لاتَجْتَمِعُ اُمَّتی عَلَی‌الْخَطَا»*** و یعنی پیروان من همه باهم به اشتباه نمی‌روند[۳].

مثال دیگر عبارت: «حصّهٔ خود» در مادهٔ ۸۰۸ قانون مدنی[۴] است، یعنی تمام سهم خود.

۱۰۳- اقسام عام

عموم به معنای شمول و فراگرفتن است و از این جهت همهٔ صیغه‌های عموم یکسانند[۵].

ولی احکامی که بر موضوعات عام وارد می‌شود، همیشه و همه جا یکسان نبوده بلکه متفاوتند و از این جهت یعنی به اعتبار حکمی که به عام تعلق می‌گیرد برای آن اقسامی شمرده‌اند: عام افرادی یا استغراقی، عام مجموعی و عام بدلی.

عام افرادی (به فتح همزه)

عام افرادی و یا استغراقی آن است که حکمی که به آن تعلق گرفته به هر یك از افرادش

۱- ***مأخذ پیش***، صفحه‌های ۲۲۰ و ۲۲۳. ۲- سورهٔ عصر، آیهٔ ۱و ۲.

۳- ***فصول فی‌الاصول***، شیخ محمد حسین، عام و خاص، الفاظ عام.

۴- ***حقوق مدنی***، مرحوم استاد دکتر امامی، ج ۳، ص ۱۶ و ***مسالك*** شهید ثانی در تعریف شفعه.

۵- ***کفایة الاصول***، آخوند خراسانی، جلد اول، صفحه ۳۳۲.

مستقلاً تعلق گیرد و در حقیقت به شمار افراد آن، حکم وجود دارد مثلاً مادهٔ ۵ قانون مدنی که می‌گوید: «کلیهٔ سکنهٔ ایران... مطیع... قوانین ایران خواهند بود...» ظاهراً یك حکم «مطیع قوانین ایران بودن» برای کلیهٔ سکنه است ولی در واقع به تعداد تمام افرادی که در ایران سکونت دارند اعم از تبعه ایران یا بیگانه در این ماده حکم «اطاعت از قوانین ایران» داده شده است.

عام مجموعی

هرگاه تعلق حکم به عام به نحوی باشد که حکم برای همهٔ افراد عام باهم و مجموعاً باشد به طوری که فقط یك حکم وجود داشته نه چندین حکم، آن را عام مجموعی نامند. مثلاً هرگاه در قرارداد صلحی پیش‌بینی شده باشد که: طرفین تعهد می‌کنند که همهٔ اسیران جنگی را مبادله نموده و تمام اراضی اشغالی را تخلیه نمایند، در این صورت مبادلهٔ همهٔ اسیران یك تعهد است و اگر عده‌ای از آنها را مبادله نمایند تعهد انجام نشده همین طور در جملهٔ دوم «تخلیهٔ تمام اراضی» یك تعهد است و اگر قسمتی از آن را تخلیه نمایند تعهد اجرا نگردیده است.

مثال حقوقی ماده ۱۰۲۴ ق.م: «اگر اشخاص متعدد در یك حادثه تلف شوند، فرض بر این می‌شود که همه آنها در آنِ واحد مرده‌اند».

عام بدلی

هرگاه حکمی به موضوع عامی تعلق گیرد ولی به نحوی باشد که منظور یك فرد غیرمعین از همهٔ افراد عام باشد نه همه و نه مجموع آنها، این را عام بدلی گویند. مثلاً هر گاه بگویند مخارج پدری که فقیر باشد بر عهدهٔ هر یك از فرزندان اوست، این عام بدلی است. زیرا منظور یکایک یا مجموع آنها نیست بلکه فردی از افراد به طور غیرمعین منظور است.

مثال دیگر- آیه شریفه مربوط به مصرف زکات است[1] که دادن زکات به یک دسته از محققان کافی است.

مثال حقوقی برای اقسام عام - ماده ۴۴۵ قانون مدنی که می‌گوید: «هر یك از خیارات بعد از فوت منتقل به وارث می‌شود». در کاربرد این حق خیار چند نظریه است: یکی اینکه هر وارثی حق فسخ و امضاءِ عقد را دارد (به نحو عام افرادی)، دوم اینکه هر وارثی به نسبت سهم خود این

۱- سورهٔ توبه، آیه ۶۰: *«اِنَّما الصَّدقاتُ لِلْفُقَراءِ والْمَساکینَ وَ العامِلینَ عَلَیْها و...»*

حق را دارد، سوم اینکه تمام وارثان می‌توانند باهم عقد را فسخ یا تنفیذ کنند (به نحو عام مجموعی) و چهارم اینکه هر یك می‌تواند فسخ کند یا اجازه دهد و در صورت اعلام نظر یکی دیگران حق اظهار نظر مخالف ندارند (به نحو عام بدلی)[1].

نکته- «وارث» در اینجا مطلق است نه عام، بیشتر مباحث عام در مطلق هم می‌آیند.

۱۰۴- *معیار تشخیص اقسام عام*

در عام افرادی و استغراقی حکم به هر یك از افراد مستقلاً تعلق گرفته پس به تعداد افراد حکم وجود دارد و چون هر فردی ممکن است به آن حکم عمل نموده و باصطلاح امتثال نماید، یا برعکس، با آن مخالفت کند از این روی به تعداد افراد امتثال و مخالفت وجود خواهد داشت. مثلاً اگر بگویند «همهٔ دانشجویان فوق‌لیسانس حقوق خصوصی باید بروند در مرکز زبانهای خارجی آموزش زبان ببینند» و فرض کنیم تعداد آنها ده نفر باشد چون این عام افرادی است لذا ده حکم وجود دارد و به همین تعداد امتثال یا مخالفت وجود خواهد داشت.

در عام مجموعی یك حکم برای مجموع افراد عام وجود دارد. بنابراین یك امتثال بیشتر نخواهیم داشت ولی امکان دارد مخالفت با آن حکم به تعداد افراد باشد، مثلاً هرگاه ادارهٔ تربیت بدنی دستور دهد: تیم فوتبال دانشگاه باید در مراسم جشن آغاز سال تحصیلی مسابقه برگزار نماید، این یك حکم است بر یك هیأت (تیم فوتبال) وارد شده و باید همهٔ آنها باشند تا امتثال حکم شده باشد و اگر چندتای آنها حاضر نشوند، مسابقه انجام نخواهد گرفت و موجب مخالفت خواهد بود.

در عام بدلی یك حکم برای افراد عام وجود دارد که اگر هیچ یك انجام ندهند، مخالفت با حکم صدق می‌کند پس فقط یك مخالفت وجود دارد، در حالی که هر کدام از افراد آن را انجام دهد امتثال حاصل شده است. مثلاً هرگاه بگویند: مأموران نجات غریق مسؤول حفظ جان شناگران هستند. اگر شناگری در حال غرق شدن باشد از پنج نفر مسؤول نجات غریق مثلاً هیچ یك اقدام به نجات او نکنند، مخالفت با حکم صدق نموده همه مسؤولند ولی اگر یکی از آنها او را نجات دهد امتثال حاصل شده و تکلیف از عهدهٔ دیگران ساقط است.

۱- **مکاسب**، شیخ انصاری، ص ۲۹۰ به بعد.

۱۰۵- مادهٔ ۱۶۵ قانون مدنی عام بدلی است؟

«هر کس در بیابان یا خرابه... مالی پیدا کند می‌تواند آن را تملك کند...» (مادهٔ ۱۶۵ ق.م). بعضی از استادان حقوق[۱] این ماده را عام بدلی پنداشته‌اند ولی با توضیحاتی که گفته شد و بخصوص با معیاری که برای تشخیص اقسام عام بیان گردید، بنظر می‌رسد این ماده نمی‌تواند مثال عام بدلی باشد بلکه از قبیل عام افرادی و استغراقی است. و اگر تصور شود که با تملك یك نفر دیگر موردی باقی نمی‌ماند باید گفت که مال معینی مورد نظر نیست بلکه کلمه «مالی» نکره و مطلق و در حکم عام است.

پس از تعریف و اقسام عام و الفاظ عموم، به شرح اقسام مخصص می‌پردازیم:
مخصص بر دو قسم است: مخصص متصل و مخصص منفصل.

۱۰۶- مخصص متصل و اقسام آن

مخصص متصل جزئی از جملهٔ عام است و خود به تنهائی استقلال ندارد و آن بر پنج قسم است:

۱- صفت مانند: *اَکْرِمِ العُلَماءَ العُدُولَ* و مانند بند ۳ مادهٔ ۱۳۱۲ ق.م: «نسبت به کلیهٔ تعهداتی که عادتاً تحصیل سند، معمول نمی‌باشد...».

۲- شرط مانند: *اَکْرِمِ العُلَماءَ اِنْ کانُوا عُدُولاً* و مانند ماده ۹۴۹ ق.م. «در صورت نبودن هیچ وارث دیگر به غیر از زوج یا زوجه، شوهر تمام ترکه زن متوفای خود را می‌برد...».

۳- استثنای متصل مانند: *لااِلهَ اِلّااللّهُ* و مانند مادهٔ ۱۲۸۹ق.م. «غیر از اسناد مذکوره در مادهٔ ۱۲۸۷ سایر اسناد عادی است».

۴- بدل بعض از کل مانند: «*اَکْرِمِ العلَماءَ الفُقَهاءَ*» و مانند آیهٔ شریفهٔ *(وَلِلّهِ عَلَی النّاسِ حِجُّ الْبَیْتِ مَنْ اِسْتَطاعَ اِلَیْهِ سَبیلاً*[۲]) کلمهٔ «من» بدل است از کلمهٔ «ناس» و مانند آیهٔ شریفه: *«وَ عَلَی الَّذینَ یُطیقُونَهُ فِدیَةٌ طَعامُ مِسْکینٍ*[۳]» که طعام مسکین بدل است از فدیه.

۵- غایت مانند: آیهٔ شریفهٔ *«فَاعْتَزِلُوا النِّساءَ فِی الْمَحیضِ وَ لاتَقْرَبُوهُنَّ حَتّیٰ یَطْهُرْنَ*[۴]».

مثال قانونی: مادهٔ ۸۳۳ قانون مدنی «ورثه نمی‌تواند در موصی به تصرف کند مادام که

۱- **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، مقدمه جلد دوم، صفحه کج.
۲- آیهٔ ۹۷ از سورهٔ آل عمران.
۳- آیهٔ ۱۸۴ از سورهٔ بقره.
۴- آیهٔ ۲۲۲ از سورهٔ بقره.

موصی‌له رد یا قبول خود را به آنها اعلام نکرده است».

۱۰۷- *مخصص منفصل و اقسام آن*

مخصص منفصل دلیلی است مستقل که دایرهٔ شمول عام را محدود می‌کند و آن بر دو قسم است:

۱- مخصص منفصل مانند مادهٔ ۴۴۵ ق.م. «هر یك از خیارات بعد از فوت منتقل به وارث می‌شود» که عام است و مادهٔ ۴۴۶ ق.م. «خیار شرط ممکن است به قید مباشرت و اختصاص به شخص مشروطله قرار داده شود در این صورت منتقل به وارث نخواهد شد» آن را تخصیص داده است[1].

مثال دوم - مواد ۶۵۴ و ۶۵۵ قانون مدنی (مراجعه شود).

۲- مخصص منفصل عقلی مانند: تخصیص روایت *(المُؤمِنُونَ عندَ شرُوطِهِم)* به شرط نتیجه و شرط صفت با درك عقلی.

توضیح آنکه طبق عموم روایت هر مسلمانی باید به شرط خود عمل کند ولی عقل حکم می‌کند که شرط صفت و شرط نتیجه چون عملی نیستند که انجام پذیرند از این عموم خارجند. اصطلاح شرط فعل، شرط نتیجه، شرط صفت را دانشجویان در درس حقوق مدنی و یا حقوق اسلامی خوانده‌اند.

و نیز مانند رأی شماره ۳۳۵ مورخ ۱۳۲۶/۱/۲۶ شعبهٔ سوم دیوان کشور در مورد اعمال مادهٔ ۴۸۹ قانون آئین دادرسی مدنی سابق به شرح زیر:

مادهٔ ۴۸۹: «... دادخواست را می‌توان مستقیماً به دادگاه مرجع رسیدگی پژوهشی یا... تقدیم کرد...».

رأی دیوان کشور: اگر پژوهش خواه طبق تصدیق دفتر زندان در موقع ابلاغ قرار یا حکمِ پژوهش خواسته، زندانی و ممنوع از ملاقات بوده و نمی‌توانسته است با تعیین وکیل هم دادخواست پژوهشی را در ظرف مدت به مرجع قانونی تسلیم دارد، چاره‌ای جز تسلیم آن به دفتر زندان نداشته و اگر به موقع دادخواست خود را به دفتر زندان داده باشد چون اتخاذ طریق دیگری برای تقدیم دادخواست از حیطه اقتدار او خارج بوده بنابراین قصور مأمور زندان را در

۱- **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، مقدمهٔ جلد دوّم، چاپ سوم، صفحهٔ ۲۳.

رسانیدن دادخواست به مرجع قانونی نباید قصور پژوهش خواه تلقی نمود[۱].

به طوری که ملاحظه می‌شود دیوان کشور با یك استدلال عقلی مادهٔ مزبور را تخصیص داده (و به نظر دقیق‌تر اطلاق آن را مقید کرده) است و این مخصص منفصل عقلی است.

در شماره ۱۵۶ نیز مثالهائی برای مخصص منفصل عقلی آمده است.

۱۰۸- تعریفی دیگر برای مخصص متصل و منفصل

اصطلاح مخصص متصل و منفصل به شرحی است که از کتب معتبر اصول اهل سنت و امامیه نقل شد. ولی یکی از نویسندگان حقوق[۲] مخصص متصل و منفصل را طور دیگری تعریف کرده است به این عبارت:

«الف - *مخصص متصل:* و آن مخصصی است که در نظر عرف، پیوسته به عام باشد... در مواد مندرج در یك فصل کوچك ازقانون مدنی (مثلاً) یك عام در مادهٔ پنجم و یك خاص در مادهٔ هفتم ذکر شده است... بنظر می‌رسد که طبیعت مفاهیم عام و خاص هر مورد باید با توجه به کیفیت ربط آنها... به مقیاس ذوق سلیم سنجیده شود تا مخصص منفصل از متصل تمیز داده شود والاّ صرف فاصله در گفتن و نوشتن، مقیاس روشن و قابل اعتماد نمی‌تواند باشد.

ب - *مخصص منفصل:* به مقیاس تعریف مخصص متصل تعریف مخصص منفصل روشن است».

این عقیده اگرچه درست بنظر می‌رسد ولی اصطلاحات هر علمی را چنانکه هست باید مورد بحث قرار داد. تغییر اصطلاح باعث بهم ریختگی مطالب و بی‌نظمی مباحث می‌شود و در نتیجه در کار تفهیم و درك مطلب اشکالاتی بوجود خواهد آورد.

۱۰۸/۱ - تخصیص اکثر

تخصیص اکثر ناپسند است. یعنی اگر حکمی بصورت عام بیان شود و بعد بیشتر افراد عام از آن حکم مستثنا شوند چنین بیانی ناپسند است. زیرا خارج از روش متعارف سخن است و هم مایه ضعف استدلال به آن عام می‌گردد. روش متعارف این است که حکمی که به صورت

۱- نقل از کتاب **مقدمه عمومی علم حقوق**،تألیف دکتر جعفری لنگرودی، صفحهٔ ۲۶۵.

۲- **مأخذ پیش**

عموم گفته می‌شود یا به همان صورت بماند و یا اگر تخصیص می‌یابد یک یا چند فرد آن از حکم استثنا شود و بیشتر افراد آن عام مشمول آن حکم بمانند و هرگاه جز این باشد حکم را بگونه‌ای دیگر، مثلاً فقط برای همان افراد باقی مانده بیان می‌کنند. مثلاً اگر رئیس اداره‌ای دستور دهد: تمام کارمندان باید روز پنجشنبه هم به اداره بیایند و فرض کنیم تمام آنها ده نفر باشند و آنگاه شش نفر آن‌ها هر یک به دلیل و بهانه‌ای از این حکم معاف شوند، اولاً چنین دستور دادن ناپسند است و ثانیاً نسبت به بقیه هم ارزش و اعتبار دستور کم و ضعیف می‌شود. این امر را در اصول فقه چنین بیان می‌کنند که تخصیص اکثر موجب استهجان می‌شود یا می‌گویند چنین کلامی مستهجن است و دلیل عام در این صورت ضعیف می‌شود.

در بیان موارد این امر و از بین بردن ضعف چنین عامی میان بزرگان اصولیین متأخر: شیخ مرتضی انصاری، صاحب کفایه و میرزای نائینی مباحثی است که علاقه‌مندان را به کتاب‌های آنان رهنمون می‌شود.

بد نیست اشاره شود که فقهای اهل سنت تخصیص اکثر را بدون اشکال می‌دانند و مثال‌هائی هم از قرآن بر این مدعا دارند[۱].

۱- ***اصول الفقه***، شیخ محمد، خضری‌بیک، چاپ ششم، صفحهٔ ۱۷۹-۱۷۸.

بحث اجمال مخصص

۱۰۹- آغاز بحث

در شمارهٔ ۹۹ گفتیم که: اصالةالعموم حجّت است و مبنای آن ظهور لفظی است. این ظهور لفظی با تخصیص از بین نمی‌رود و بدین جهت عام در باقی‌ماندهٔ پس از تخصیص همچنان حجت است. مثلاً هرگاه گفته شود: تمام خیارات به ارث می‌رسند، این جمله عام است و ظاهر آن همهٔ خیارات را فرا می‌گیرد و دلیلی است لازم‌الاجراء. حال اگر گفته شود: تمام خیارات به ارث می‌رسند مگر اینکه در آن قید مباشرت شده باشد. این هم عام است ظاهر آن همهٔ خیارات را، بجز آنچه مقید به مباشرت باشد، فرا می‌گیرد و عام نسبت به بقیه ظاهر و لازم‌الاجراء است.

ولی همیشه بدین روشنی نیست؛ گاهی مخصص مجمل است مثل اینکه بگویند: تمام خیارات به ارث می‌رسند بجز برخی از آنها. در این صورت چون نمی‌دانیم چه چیزی استثنا و خارج شده این پرسش به ذهن می‌رسد که باقی‌مانده عام: «تمام خیارات» چه چیزی است ؟ و از ظهور و وضوح استدلال به عام کاسته می‌شود. این وضع ناشی از ابهام و اجمال تخصیص: «بجز برخی از آنها» است. در اینجا جای این بحث باز می‌شود که: آیا اجمال مخصص به عام هم سرایت می‌کند و آن را نسبت به بقیهٔ پس از تخصیص از حجیت می‌اندازد یا نه؟ مسأله دارای صور متعدد است که در بعض آنها جواب مثبت و در بعضی جواب منفی است و ذیلاً به شرح آن می‌پردازیم:

۱۰۹/۱- اندازه اجمال مخصص

گاهی مخصص از تمام جهات مجمل است مانند آیهٔ شریفهٔ ***«أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُالْأَنعَامِ إِلاّ مٰايُتْلٰى عَلَيْكُمْ***[1]***»*** یعنی چهارپایان برای شما حلالند جز آنچه بر شما خوانده می‌شود (مخصص متصل) و مانند ***اَكْرَمِ الْعُلَماءَ و لاتُكْرِمْ بَعْضَ الْعُلَماءِ*** (مخصص منفصل) در این صورت اجمال مخصص به عام سرایت می‌کند یعنی عام هم مجمل می‌شود و نمی‌توان به آن استناد و استدلال کرد.

گاهی مخصص فقط از بعض جهات مجمل است که در بعضی از آنها اجمال مخصص به

۱- آیهٔ یکم از سورهٔ مائده.

عام سرایت می‌کند و در بعضی سرایت نمی‌کند و باید نخست اقسام آن را بررسی و سپس در هر مورد حکم قضیه را بیان کرد.

۱۱۰- مجمل از حیث مفهوم یا مصداق

الف - مخصص گاهی از جهت مفهوم مجمل است یعنی معنای مخصص به طور دقیق روشن نیست مثلاً آیهٔ شریفهٔ *اَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ*[۱] مخصصی دارد و آن جملهٔ نهی‌النبی عن‌الغرر است که غرر از جهت مفهوم مجمل است. زیرا نمی‌دانیم منظور از غرر جهالت است یا جهالت همراه با ضرر و یا غیر آن و همین امر باعث تردید می‌شود. و مانند مادهٔ ۹۶۱ قانون مدنی: «جز در موارد ذیل اتباع خارجه نیز از حقوق مدنی متمتع خواهند بود... :

۳- در مورد حقوق مخصوصه که صرفاً از نقطه نظر جامعهٔ ایرانی ایجاد شده باشد» مفهوم بند سوم این ماده مبهم و مجمل است و چون این مفهوم مجمل مخصص عام مذکور در ماده واقع شده، ابهام و اجمال به عموم ماده نیز سرایت می‌کند.

ب - و گاهی از جهت مصداق: مثل اینکه می‌دانیم مورد معامله باید مال بایع باشد و معامله بر مال غیر، غیرنافذ است ولی نمی‌دانیم که این کتاب مال خودمان است یا مال دیگری تا معاملهٔ آن بر حسب مورد نافذ یا غیرنافذ باشد.

مفهوم مجمل (یعنی آنکه معنای مخصص به طور دقیق معلوم نبوده بلکه مردد باشد) خود بر دو گونه است:

گاهی تردید میان دو معنای مختلف است مانند *اَکْرِمِ الْعُلَمٰاءَ اِلّا زَیْداً یا اَکْرِمِ الْعُلَمٰاء وَلٰاتُکْرِمْ زَیْداً*[۲] در صورتی که زید، نام دو یا چند نفر باشد و ندانیم کدام منظور است. در اصطلاح علم اصول فقه این را تردید میان متباینین نامیده‌اند. (در این مثال جای بحث است و در صفحهٔ بعد مثالی دیگر خواهیم داشت).

گاهی تردید میان دو معناست که باهم متباین نیستند، بلکه یکی از افراد دیگری است مانند بسیاری از مواد تعزیرات، قانون مجازات اسلامی، که سابقاً بدان اشاره شد (شمارهٔ ۶۱) و آن را تردید بین اقل و اکثر گویند. مثالی دیگر در صفحهٔ بعد می‌آید.

ج - به طوری که پیشتر خوانده‌ایم مخصص یا متصل است و یا منفصل و این در تمام موارد بالا صدق می‌کند. به طور خلاصه اقسام مخصص مجمل از قرار زیر است:

۱- آیهٔ ۲۷۵ از سورهٔ بقره.

۲- *اصول استنباط*، سیدعلی نقی حیدری، صفحهٔ ۱۰۲.

۱- اجمال مخصص از جهت مفهوم
- ۱- متصل
  - ۱- تردید میان دو چیز متباین
  - ۲-تردید میان اقل و اکثر (در هر دو مورد اجمال مخصص به عام سرایت می‌کند).
- ۲- منفصل
  - ۱- تردیدمیان دوچیزمتباین-اجمال مخصص به عام سرایت می‌کند.
  - ۲- تردید میان اقل و اکثر - اجمال مخصص به عام سرایت نمی‌کند (تنها در همین یك مورد اجمال مخصص به عام سرایت نمی‌کند).

۲-اجمال‌مخصص‌ازجهت‌مصداق
- ۱- مخصص متصل - اجمال مخصص به عام سرایت می‌کند.
- ۲- مخصص منفصل - مورد اختلاف است و اکثر اصولیین معتقدند که اجمال مخصص به عام سرایت و آن را مجمل می‌کند.

۱۱۱- مثالهائی برای روشن شدن مطلب

۱- مخصص متصل مجمل از جهت مفهوم به واسطهٔ تردید میان دو چیز متباین، برای مثال هرگاه بگویند به همهٔ دانشجویان در کوی دانشگاه اطاق داده می‌شود مگر به دانشجویان تهرانی و تردید حاصل شود که منظور از تهرانی آن است که ساکن تهران است یا متولد در تهران در این مورد مخصص از نظر مفهوم مجمل است و اجمال مخصص به عام سرایت می‌کند یعنی نمی‌توان در مورد اجمال به عام استناد کرد.

۲- مخصص متصل مجمل از جهت مفهوم به واسطهٔ تردید میان اقل و اکثر، مانند مادهٔ ۱۲۷ آئین دادرسی کیفری پیشین[1] که می‌گوید: «رسیدگی و تحقیقات محکمه عموماً باید علنی باشد به استثنای موارد ذیل...

«در اقداماتی که برضد احساسات مذهبی شود...» آیا منظور فقط مذهب شیعه است که قدر متیقن (حداقل) است یا مذاهب دیگر را (حداکثر) هم شامل می‌گردد؟ مثلاً هرگاه محاکمه برخلاف احساسات مذهبی یهود، نصارا یا اهل تسنن باشد، آیا مشمول این ماده هست یا خیر؟

۱- مقالهٔ دکتر بوشهری، مندرج در ***مجلهٔ کانون وکلا***، شمارهٔ ۳۲.

اجمال مخصص به عام سرایت می‌کند و نمی‌توان در مورد اجمال به عنوان عام استدلال کرد.

۳- مخصص منفصل مجمل از جهت مفهوم به واسطهٔ تردید بین دو چیز متباین، مثل اینکه بگویند هر دانشجوئی با رعایت امکانات دانشگاه حق دارد که در کوی دانشگاه سکنا گزینند و بعد بگویند دانشجوی تهرانی این حق را ندارد و تردید پیدا شود در مفهوم تهرانی که آیا منظور متولد در تهران است یا ساکن در تهران، در این صورت مخصص مجمل است و اجمال مخصص موجب اجمال عام هم (در خصوص مورد اجمال) می‌شود.

۴- مخصص منفصل مجمل از جهت مفهوم به واسطهٔ تردید میان اقل و اکثر، مانند: تبصره ۲ مادهٔ یك قانون مالك و مستأجر[۱] که می‌گوید: «اراضی مزروعی... مشمول این قانون نخواهد بود» هرگاه در زمینی گل‌کاری یا نهال‌کاری شود آیا می‌توان آن را زمین مزروعی دانست یا نه؟ مجمل است ولی اجمال آن به عام سرایت نمی‌کند.

۵- مخصص متصل مجمل از جهت مصداق، مانند مادهٔ ۴۱ قانون مجازات اسلامی که می‌گوید: هرگاه کسی شروع به جنایتی کرد و به میل خود آن عمل را ترك کند، از جهت جنایت منظوره مجازات نخواهد شد لیکن اگر همان مقدار عملی که بجا آورده است جرم باشد جزای مخصوص به آن جرم در حق او جاری می‌شود. حال هرگاه تردید پیدا شود که مقدار عملی که بجا آورده جرم است یا نه آیا می‌توان به صدر ماده استدلال کرد و آن را جرم ندانست یا خیر؟ اجمال مخصص در این مورد به عام نیز سرایت می‌کند و آن را از حجیت می‌اندازد[۲].

مثال دیگر مادهٔ ۵۸۸ قانون تجارت می‌گوید: «شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیهٔ حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و وظائفی که بالطبیعه فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق و وظائف ابوت و بنوت و امثال ذلك». در اینجا سؤالی پیش می‌آید و آن اینکه ابلاغ دادخواست اخطاریه و غیره به خادمان شخص حقوقی درست است یا نه[۳]، مخصص مجمل است و اجمال آن به عام هم سرایت می‌کند و نمی‌توان در خصوص مورد اجمال به عام استناد کرد.

۶- مخصص منفصل مجمل از جهت مصداق، مادهٔ ۵ و ۷ قانون مدنی: مادهٔ ۵ ق.م «کلیهٔ سکنهٔ ایران اعم از اتباع داخله و خارجه مطیع قانون ایران خواهند بود...».

۱- **مقدمهٔ عمومی علم حقوق**، دکتر جعفری لنگرودی، ص ۲۷۱. به نظر ایشان این، مخصص متصل مجمل است.

۲- مقالهٔ دکتر بوشهری، مندرج در **مجلهٔ کانون وکلا**، شمارهٔ ۳۲.

۳- **مقدمهٔ عمومی علم حقوق**، دکتر جعفری لنگرودی، صفحهٔ ۲۰۲ و ۱۹۹ و ۱۵۸.

مادهٔ ۷ ق.م «اتباع خارجه مقیم در خاك ایران از حیث مسائل مربوط به احوال شخصیه... و از حیث حقوق ارثیه... مطیع قوانین و مقررات دولت متبوع خود خواهد بود».

در جهیزیه و مهر زن بحث است که آیا جزو احوال شخصیه است یا نه؟ آیا این اجمال و تردید در مخصص به عام مندرج در مادهٔ ۵ نیز سرایت و آن را مجمل می‌کند یا نه، مسأله مورد بحث و اختلاف است و اکثر اصولیین معتقدند به اینکه اجمال مخصص بـه عـام نـیز سرایت می‌کند و آن را از حجیّت می‌اندازد.

۱۱۲ - *بحث و استدلال*

مطالب پیش در یك جمله خلاصه می‌شود و آن اینکه اجمال مخصص در تمام موارد به عام سرایت می‌کند مگر در موردی که مخصص منفصل و تردید میان اقل و اکثر از جهت مفهوم باشد.

پس باید دو مطلب ثابت شود: یکی اینکه اجمال مخصص در تمام موارد (بجز یك مورد) به عام سرایت می‌کند. و دوم اینکه در یك مورد اجمال مخصص به عام سرایت نمی‌کند. و به ترتیب به بیان آن می‌پردازیم.

۱- چرا اجمال مخصص به عام سرایت می‌کند؟

حجیّت عام در عـموم بـه واسـطهٔ ظـهور است، بـدین مـعنا کـه مـثلاً چـون لفـظ تـمام دانشجویان، صراحت یا ظهور در ارادهٔ عموم دارد، لذا حجّت است. این ظهور تا وقتی می‌تواند حجّت و دلیل باشد که دلیلی ظاهرتر از آن، یا نصّی، در برابرش نباشد. یعنی با آن تعارض نکند. ولی هرگاه مخصص متصل پیدا شود دیگر ظهور عام در عموم از بین می‌رود و محدود می‌شود به بقیهٔ افراد. مثلاً وقتی می‌گویند تمام دانشجویان بجز دانشجویان حـقوق، جـملهٔ دوّم ظـهور جملهٔ اوّل را در عموم از بین می‌برد و عام (تمام دانشجویان) دانشجویان غیرحقوقی را فقط فرا می‌گیرد. حال هرگاه مخصص مجمل بوده و معلوم نباشد منظور از آن چیست؟ فرض کنید در همین مثال تردید حاصل شود که آیا دانشجویان علوم سیاسی هم جزو مخصص هستند یا نه (زیرا آنها را نیز به لحاظ اینکه دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی یکی است، دانشجویان حقوق می‌گویند) چون ظهور عام از بین رفته و بقیه هم معلوم نیست چه کسانی و چند نفر هستند، از این رو نمی‌توان در مورد اجمال به عام تمسک کرد و اصطلاحاً می‌گویند اجمال خاص به عام هم سرایت کرده است.

مثالی که آوردیم به صورت مخصص متصل بود ولی اگر مخصص مـنفصل هـم بـاشد

می‌توان همین استدلال را آورد منتها با اندکی اختلاف، بدین‌گونه: در مخصص منفصل هرچند ظهور عام بوجود آمده و مثلاً اگر بگویند: همهٔ دانشجویان می‌توانند وارد دانشگاه شوند این عام است و شامل هر دانشجوئی می‌شود و به اصطلاح می‌گویند عام ظهور دارد ولی اگر مخصصی بعداً وارد شود و بگوید دانشجویان حقوق نباید وارد دانشگاه شوند، این مخصص هرچند ظهور لفظ عام را از بین نمی‌برد ولی نشان‌دهنده آن است که حکم اوّل در واقع برای همهٔ دانشجویان نبوده، بلکه برای بقیه آنها بوده است. حال اگر در این مخصص اجمال و تردید پیدا شود نمی‌توان دانست که بقیه چه کسانی و چند نفر هستند و نمی‌توان گفت حکم برای چه تعدادی از دانشجویان (عام) بوده است و به اصطلاح می‌گویند اجمال خاص به عام سرایت می‌کند.

۲- چرا در مورد مخصص منفصل مردد بین اقل و اکثر از جهت مفهوم، اجمال خاص به عام سرایت نمی‌کند؟

در این مورد آنچه مسلم است «حداقل» مشمول مخصص هست و از عام بیرون می‌شود و به اصطلاح قدر متیقن است ولی «اکثر» معلوم نیست اصلاً مشمول مخصص هست یا نیست، در حالی که ظهور عام آن را فرا می‌گیرد. پس به این صورت درمی‌آید که می‌دانیم فردی را عام فراگرفته ولی تردید داریم که مخصص آن را بیرون برده است یا نه. می‌گوئیم باید به عام عمل کرد تا مخصص خلاف آن بطور مسلم ثابت شود و از این روی عام از حجّیت و ظهور نمی‌افتد و به عبارت دیگر اجمال مخصص به عام سرایت نمی‌کند.

مثلاً هرگاه بگویند «*اَکْرِمِ الْعُلَمٰاءَ*» و بعد به طور منفصل مخصص برسد که «*لاتُکْرِمْ الْفاسِقَ*» و در مفهوم فاسق تردید شود که منظور از آن مرتکب کبیره است (اقل) یا هم مرتکب کبیره و هم مرتکب صغیره (اکثر)، نسبت به اقل، خروج آن از عام قدر متیقن است و نسبت به اکثر، خروج آن مردد است و اصالة‌العموم شامل آن می‌شود.

آنچه بیان شد خلاصهٔ نظرات اصولیین است و می‌توان مشروح آن را در کتاب کفایة‌الاصول و تقریرات نائینی مطالعه و بررسی نمود و بخصوص یادآوری می‌شود که در هر یك از دو مورد اشکال و ایراد و جواب فراوان است و مسأله به این اندازه هم مسلم و قطعی نیست ولی ورود در اطراف و جوانب مسأله از حدود این کتاب خارج است.

۱۱۲/۱- تمسك به عموم عام در شبههٔ مصداقی جایز نیست

در تعریف عام گفتیم که عام کلمه‌ای است که همه افرادی را که بدان نامیده می‌شود فراگیرد و برای آنها وضع شده باشد مانند کلمهٔ «تمام دانشمندان». یعنی وقتی گفته می‌شود: همه دانشمندان را گرامی بدار، این کلمه تمام افراد دانشمند را فرامی‌گیرد. ولی باید توجه داشت که در عنوان موضوع یعنی دانشمند بودن آن نباید تردید داشت و به عبارت دیگر اگر در وجوب

اکرام فردی اختلاف است و نیز تردید داریم که او دانشمند هست یا نیست، در اینجا افرادی را فرا می‌گیرد که مسلماً عنوان عام را داشته باشند، نه اینکه این عنوان نسبت به آنها مورد شك و تردید باشد. مثلاً هرگاه بدانیم که حکم ارث فرزندان این است که از پدران خود ارث ببرند ولی در نسبت یکی از بچه‌ها تردید باشد، نمی‌توان گفت عموم دلیل ارث مسأله را حل می‌کند، که گفته‌اند: «اول برادریت را ثابت و آنگاه ادعای میراث کن».

یکی از موارد استفاده از این مطلب همین بحث اجمال مخصص است بدین بیان: در بخش آخر نمودار دیده شد که در شبهۀ مصداقی‌ای که مخصص منفصل باشد در اینکه اجمال مخصص به عام سرایت می‌کند یا نه، اختلاف نظر است و اکثر اصولی‌ها معتقدند که اجمال مخصص به عام سرایت و آن را مجمل می‌کند. مثلاً هرگاه بگویند: همه دانشمندان را اکرام کنید و بعد بگویند احمد را اکرام نکنید و دو یا چند نفر احمد نام داشته باشیم، مخصص مردد و مجمل است و این تردید و اجمال به عام هم سرایت می‌کند. یعنی نمی‌توانیم با کمك گرفتن از عموم عام بگوئیم کدام یك از آنها مستثنی است و کدام یك مشمول حکم عام است، و می‌گوئیم: «تمسك به عموم عام در شبهۀ مصداقی جایز نیست».

در فروع این بحث صاحب‌نظران بزرگ اصولی مانند شیخ انصاری صاحب کفایه و میرزای نائینی مباحثی دقیق مطرح کرده‌اند و اختلاف نظرهائی دارند که از حدود سطح این کتاب فراتر است و علاقه‌مندان را به کتاب‌های اصولی آنان، به ویژه به تقریرات میرزای نائینی رهنمون می‌شود.

عمل به عام پیش از جستجوی مخصص

۱۱۳- مقدمه

مباحثی در دنبالهٔ عام و خاص در اصول مطرح شده که اختصاص به این موضوع ندارد و در باب‌های دیگر مثل مطلق و مقید و غیره نیز مصداق دارند. در این کتاب به پیروی از بزرگان علم اصول و روش آنها این مباحث در همین‌جا مطرح می‌شوند ولی باید توجّه داشت که در جاهای دیگر و بخصوص در مطلق و مقید هم همین نتیجه را به کار می‌برند. ذیلاً تحت عناوینی چند آنها را مطرح می‌کنیم. مثلاً در قرآن مجید آمده است «*اَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ و حَرَّمَ الرِّبٰوا*[1]» در این آیه شریفه دو جملهٔ مطلق داریم. سؤال این است که آیا باید اول دربارهٔ تقیید احتمالی فحص و بررسی به عمل آید و بعد به مطلق عمل شود یا بدون فحص هم می‌شود مطلق را به کار گرفت؟

طرح مسأله - آیا می‌توان پیش از اطمینان از عدم وجود مخصص به عموم عام عمل کرد یا باید اوّل دنبال مخصص بگردیم و اگر نیافتیم و مطمئن شدیم که مخصص ندارد، آن گاه می‌توان به عموم عام عمل نمود؟ مسأله مورد اختلاف است.

۱۱۴- اقوال در مسأله

برخی گفته‌اند عمل به عام وقتی درست است که پیش از آن تحقیق کامل به عمل آمده باشد و مطمئن شده باشیم که مخصص نداریم تا بتوان به عموم عمل کرد. زیرا در مورد عموم‌هایی که در قرآن و احادیث و اخبار آمده است به قدری تخصیص وارد شده که نمی‌توان در هیچ مورد گفت مخصص نداریم مگر پس از جستجو کردن و نیافتن مخصص و اطمینان یافتن به عدم آن و این ضرب‌المثل مشهور است که «*مٰا مِنْ عٰامٍ اِلاّ وَ قَدْ خُصَّ*» یعنی هیچ عامی نیست که تخصیص نیافته باشد.

گروهی دیگر می‌گویند اگر بخواهیم اطمینان پیدا کنیم که مخصص وجود ندارد هیچ وقت نمی‌توانیم به عمومات عمل کنیم زیرا اولاً بررسی همهٔ قرآن و تمام احادیث و اخبار برای عمل به هر عامی ممکن نیست و ثانیاً پس از جستجو و تفحص و نیافتن، باز نمی‌توانیم مطمئن باشیم

۱- سورهٔ بقره، آیه ۲۷۵

که مخصص وجود نداشته همین قدر می‌توانیم بگوئیم که ما مخصص نیافتیم و بدیهی است که نیافتن غیر از نبودن است «*عَدَمُ الوُجْدانِ لا یَدُلُّ عَلَی الفِقْدانِ*».

سرانجام محققان بر این عقیده شده‌اند که بین مخصص منفصل و مخصص متصل این تفاوت‌ها وجود دارد:

۱- *در مورد مخصص متصل*: هرگاه عامی وجود داشته باشد و مخصص متصل همراه آن نباشد ولی احتمال داده شود که شاید شرطی، صفتی، استثنائی یا مخصص دیگری در همان جمله همراه بوده و حذف شده، این احتمال ضعیف و مرجوح است و اصالةالعموم به قوّت خود باقی است و در این مورد جستجوی مخصص لازم نیست و می‌توان بدون جستجوی مخصص به عموم عام عمل کرد.

۲- *در مورد مخصص منفصل*: به لحاظ اینکه بیشتر عمومات موجود در قرآن و سنت تخصیص یافته‌اند و می‌توان گفت علم اجمالی داریم به اینکه مخصص منفصل برای عمومات وجود دارد، اصالةالعموم اگرچه اصلی لفظی است ولی نمی‌تواند در برابر علم اجمالی به‌وجود مخصص منفصل، ما را قانع و مطمئن سازد که راه خطا نرفته‌ایم از این رو نمی‌توان به عموم عام عمل کرد مگر اینکه پیش از آن جستجو کرده و از وجود مخصص مأیوس شده باشیم.

برای روشن ساختن مطلب پیش بیان دو نکته لازم است:

الف - اصالةالعموم: یکی از اصول معتبر لفظی اصالةالعموم است[1] و منظور از آن این است که هرگاه لفظ عامی دیدیم، به عموم آن می‌توانیم عمل کنیم تا اینکه وجود مخصص مسلّم و محرز گردد، برای مثال هرگاه بگویند همهٔ دانشجویان می‌توانند از زمین ورزش دانشگاه استفاده نمایند، کلمهٔ «همهٔ دانشجویان» عام است و باید آن را به معنای وسیع کلمه شامل تمام آنها بدانیم و این احتمال که شاید قیدی یا شرطی یا استثنائی همراه این عام بوده و ما نشنیده باشیم، احتمالی ضعیف و مرجوح است و نباید به آن اعتنا کرد.

ب- *علم اجمالی*: هرگاه چیزی را به وضوح و روشنی بدانیم می‌گوئیم: «می‌دانیم، به طور قطع می‌دانیم، به طور دقیق می‌دانیم» مثل اینکه می‌دانیم. حالا روز است، اینجا دانشکده است و این کتاب است. ولی همیشه مسائل به این وضوح و روشنی نمی‌باشند، گاهی چیزی را می‌دانیم، قطع و یقین هم داریم، امّا نه به صورت اوّل، بلکه آمیخته با تردید در مورد آن. برای مثال

۱- اصل بر دو قست است: اصل لفظی و اصل عملی. اصل لفظی عبارت است از: اصالةالحقیقة، اصالةالعموم، اصالةالاطلاق و اصالةالظهور و نحو اینها. اصل عملی مهم عبارت است از: اصل برائت، اصل استصحاب، اصل احتیاط و اصل تخییر.

می‌دانیم که کتاب مال یکی از دو نفر است ولی نمی‌دانیم مال کدامشان است، یا می‌دانیم امروز عصر درس داریم ولی دقیقاً نمی‌دانیم درس حقوق مدنی داریم یا آئین دادرسی مدنی. نوع اول را علم تفصیلی و نوع دوم را علم اجمالی می‌نامند.

این دسته از اصولیین در پاسخ اشکالاتی که گذشت می‌گویند:

یک - آیات احکام که در قرآن مجید آمده محدود و معین است و ابواب احادیث و اخبار نیز مرتب گردیده و بنابراین بررسی و جستجو از مخصص محال نبوده، ممکن است.

دو - پس از تفحص و نیافتن مخصص به فرض اینکه یقین و اطمینان به عدم مخصص حاصل نشود، ظنّ به عدم مخصص بدست خواهد آمد و اگرچه در جای خود ثابت گردیده که ظن حجّت نیست ولی با این ظنّ، به ضمیمهٔ اصل عدم مخصص، می‌توان به دلیل عام موجود عمل کرد. بطور خلاصه پس از فحص و جستجو و نیافتن مخصص، ظن به عدم آن حاصل می‌شود و در این صورت باکمک اصل عدم مخصص می‌توان به ظهور عام و اصالةالعموم عمل نمود.

۱۱۵ -*کاربرد این بحث در حقوق ایران*

می‌دانیم نزدیک به یک قرن از عمر قانونگذاری در ایران می‌گذارد در این مدّت قوانین بسیاری تصویب گردیده که بین آنها مسلماً عام و خاص، ناسخ و منسوخ و قوانین متناقض و متعارض فراوان است. بعلاوه قوانین در عمل وسیلهٔ دیوان کشور و رویه‌های قضائی که برخی از آنها لازم الاتباع است مورد تفسیر قرارگرفته و با این ترتیب بحث فوق یعنی عمل به عام پیش از جستجو از مخصص عیناً در حقوق موضوعهٔ ما نیز مصداق دارد. پس لازم است بدانیم که قاضی یا وکیل یا حقوقدان هرگاه مادّه‌ای قانونی دید که عام و کلی است آیا می‌تواند به آن عمل کند یا باید قبلاً مطالعه و بررسی نماید، در مجموعه‌های قوانین و در رویه‌های قضائی جستجو کند و ببیند آن عام به عموم خود باقی است یا تخصیص یافته است و سپس بدان عمل کند؟ به طوری که گذشت باید بین مخصص منفصل و متصل فرق گذاشت. در مورد احتمال وجود مخصص منفصل نمی‌توان پیش از جستجوی از مخصص به عموم عام عمل کرد، ولی در مورد احتمال وجود مخصص متصل می‌توان به اصالةالعموم استناد نموده و احتمال ضعیف وجود مخصص را منتفی ساخت و پیش از فحص از مخصص به عموم عام عمل کرد.

در پایان این بحث یادآوری می‌شود که در بحث اصول عملیه نیز همین سؤال مطرح است که در جای خود به آن اشاره خواهیم کرد. (به بند ۳ شمارهٔ ۲۶۱ و به بند یکم شمارهٔ ۲۷۲ مراجعه شود).

یک مخصص بعد از چند جمله

۱۱۶- یك مخصص بعد از چند جمله

گاهی چند جمله باهم بیان می‌شود و در آخر مخصصی می‌آید، در اینجا این سؤال پیش می‌آید که آیا مخصص فقط به جملهٔ اخیر وارد شده یا به همهٔ آنها؟ عقائد مختلف است.

پیش از بیان اقوال و عقائد با آوردن مثالی مطلب را روشن می‌کنیم. مثلاً هرگاه بگویند: «همهٔ آموزشگاهها باید یك روز در هفته تعطیل کنند و همهٔ کارخانه‌ها باید یک روز و نیم در هفته تعطیل کنند وهمهٔ فروشگاهها باید یك روز در هفته تعطیل کنند مگر اینکه ملّی باشند». بحث در این است که این استثنا تنها به جملهٔ آخری وارد شده یا به تمام جمله‌ها؟

به طوری که از گفته‌های پیش فهمیده می‌شود در اینکه جملهٔ اخیر به هر حال تخصیص می‌یابد تردید نیست، آنچه مورد بحث و تردید است بقیهٔ جمله‌هاست.

و اینك می‌پردازیم به بیان عقیدهٔ دو نفر از اصولیین متأخّر.

عقیدهٔ صاحب کفایه - آخوند خراسانی[1] معتقد است که احتمال دارد مخصص به همهٔ جمله‌ها وارد شده باشد و این احتمال ظهور همهٔ عام‌های موجود در آنها را از بین می‌برد. جملهٔ اخیر به هر حال تخصیص می‌یابد ولی جمله‌های دیگر نه تخصیص یافتن آنها مسلم است و نه تخصیص نیافتن آنها و از این رو از ظهور می‌افتند و مجمل می‌شوند و در مورد تردید ناچار باید به اصول عملیه مراجعه شود.

عقیدهٔ میرزای نائینی[2]- ایشان بین صور مسأله فرق می‌گذارند و می‌گویند: جمله‌های متعدد گاهی موضوعشان تکرار می‌شود و گاهی تکرار نمی‌شود، مثلاً گاهی می‌گویند: ***اَکْرِمِ العُلَماءَ وَ اَضِفْهم و اَطْعِمْهُمْ اِلّاَالفُسّاقَ***، در اینجا موضوع یک بار ذکر شده است و چون استثنا

۱- ***کفایة الاصول***، آخوند خراسانی، جلد اوّل، صفحهٔ ۳۶۵ و ۳۶۶.

۲- ***اجودالتقریرات***، آیت‌الله خوئی، صفحهٔ ۴۹۷ و جلد اوّل ***کفایة الاصول***، آخوند خراسانی.

عبارت است از اخراج بعض افراد موضوع از حکم، بنابراین با اخراج مورد استثنا از موضوع، همهٔ جمله‌ها تخصیص می‌یابند ولی گاهی می‌گویند ***اَکْرِمِ‌العُلَماءَ وَ اَضِفِ‌العلماءَ و اَطْعِمِ العُلَماءَ اِلَاالفُسّاقَ***، در اینجا موضوع تکرار شده استثنا ظاهراً به جملهٔ اخیر می‌خورد. و از این قبیل است ***اَکْرِمِ‌العُلَماءَ وَ اَضِفِ‌الفُقَهاءَ و اَطعِمِ‌الفُقَراءَ اِلَاالفُسّاقَ***، مثالی هم که در اوّل بحث آوردیم از قبیل قسم دوّم است.

مثال دیگری که در اصول فقه به‌کار رفته آیهٔ شریفهٔ «***وَالَّذینَ یَرْمُونَ‌الْمُحَصنٰاتِ ثُمَّ لَمْ یَأْتُوا بِاَرْبَعَةِ شُهَداءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمانینَ جَلْدَةً و لاتَقْبَلُوا لَهُمْ شَهادَةً اَبَداً وَ اُولئِكَ هُمُ‌الْفاسِقُونَ. اِلَّاالَّذینَ تابُوا...***»[1] یعنی آنان را که به زنان شوهردار نسبت بدکاری می‌دهند و گواه نمی‌آورند هشتاد تازیانه بزنید. گواهی آنان رانپذیرید آنها همه فاسقند مگر اینکه توبه کنند...

مثال دیگر – ماده ۸۱۸ قانون مدنی که می‌گوید: «مشتری نسبت به عیب و خرابی و تلفی که قبل از اخذ به شفعه در ید او حادث شده باشد ضامن نیست و همچنین است بعد از اخذ به شفعه و مطالبه، در صورتی که تعدی یا تفریط نکرده باشد». آیا قید: «در صورتی که تعدی یا تفریط نکرده باشد» به هر دو جملهٔ پیش از آن برمی‌گردد و یا تنها به جمله اخیر[2]؟

مثالی دیگر:در حدیث است که کاهنی بر چند گونه است: (***فَراسَةُالعَیْنِ و ذَکاءُالقَلْبِ و وَسْوَسَةُالنَفْسِ و فِطْنَةُالرّوحِ مَعَ قَذْفٍ فی قَلبِهِ...***» احتمال دارد که قید «مَعَ قَذْفٍ في قَلْبِهِ» تنها به جمله اخیر، یا به تمام جملات برگردد[3].

معنای حدیث این است: کاهنی، یعنی پیشگوئی و غیب‌گوئی، بر چند گونه است: تیزبینی (قیافه‌شناسی)، روشن‌دلی، دو دلی اهریمنی و هشیاری جان با آنچه (شیطان) به دل او می‌اندازد.

مثالی قانونی برای مسئله - بنظر می‌رسد مادهٔ ۸۷ قانون آئین دادرسی مدنی سابق می‌تواند مثال مناسبی برای این مسأله باشد: ***مادهٔ ۸۷:*** «ارزیابی خواسته به ترتیب ذیل به عمل می‌آید:

۱- اگر خواسته پول رایج ایران باشد بهای آن عبارت است از مبلغ معین در دادخواست و اگر پول خارجی باشد ارزیابی آن به نرخ رسمی در تاریخ تقدیم دادخواست بهای خواسته

۱- سورهٔ نور، آیه ۴ و ۵.

۲- ***حقوق مدنی***، مرحوم دکتر امامی، ج ۳، چاپ نهم، ۱۳۴۹، صفحهٔ ۵۴ و ۵۵ و ***ایقاع***، دکتر کاتوزیان، ایقاع، ص ۲۹۸.

۳- ***مکاسب***، شیخ انصاری، محرّمه در کهانت.

محسوب است.

۲- در دعاوی چند نفر مدعی که هر یك، یك قسمت از کل را مطالبه می‌نمایند خواسته مساوی است با حاصل جمع تمام قسمتهایی که مطالبه می‌شود.

۳- در دعاوی راجع به منافع و حقوقی که باید به مواعد معینه استیفا یا پرداخته شود، بهای خواسته حاصل جمع تمام اقساط و منافعی است که مدعی خود را ذیحق در مطالبهٔ آن بداند. در صورتی که حق نامبرده محدود به زمان معین نبوده و یا مادام‌العمر باشد بهای خواسته مساوی است با حاصل منافع ده ساله یا آنچه راکه در ظرف ده سال باید استیفا کند.

۴- در دعاوی راجع به اموال غیرمنقول بهای خواسته مبلغی است که مدعی در دادخواست معین کرده و مدّعی‌علیه... آن را تکذیب نکرده است.

در مواردی که تعیین بهای خواسته در ابتدای دعوی ممکن نیست، بهای خواسته بیش از یکصدهزار ریال محسوب است مگر اینکه اجمالاً کمتر بودن بها معلوم باشد».

قید اخیر می‌تواند به جملهٔ اخیر و جمله‌های دیگر وارد شود و آنها را تخصیص دهد و امّا اینکه کدام را تخصیص داده است اختلاف است و مسأله نظری است و بستگی به نظر دادگاه دارد.

در پایان این بحث نکته‌ای یادآوری می‌شود: این بحث در جایی است که همه جمله‌ها صلاحیت تخصیص یافتن داشته باشند. ولی چنانچه بعض آنها صلاحیت نداشته باشند در خصوص آنها بحثی نیست. به عنوان مثال در همین ماده بند اوّل آن نمی‌تواند با مخصص مورد بحث تخصیص یابد. زیرا به فرض اینکه خواسته پول باشد، تعیین مبلغ آن همیشه ممکن است.

نکتهٔ دیگر اینکه موضوع این بحث، یك مخصص بعد از **چند جمله** است و باید دقت کرد که اگر مخصصی بعد از چند مفرد و در یك جمله بیاید از این بحث خارج است و در این صورت تمام آن مفردها تخصیص می‌یابند مانند اصل بیستم قانون اساسی[1] که قید: «با رعایت موازین اسلام» به همه مفردات پیش از آن برمی‌گردد.

مثال دیگر برای این بحث آیهٔ ۱۳ از سورهٔ مائده است[2].

۱- ***اصل بیستم:*** همهٔ افراد ملّت اعم از زن و مرد یکسان در حمایت قانون قرار دارند و از همهٔ حقوق انسانی، سیاسی، اقتصادی اجتماعی و فرهنگی با رعایت موازین اسلام برخوردارند.

۲-... ***یُحَرِّفُونَ‌الْکَلِمَ عَنْ مَواضِعِهِ وَ نَسُوا حَظّاً مِمّا ذُکِّرُوا بِهِ وَ لاٰتَزالُ تَطَّلِعُ عَلیٰ خائِنَةٍ مِنْهُمْ اِلاّ قَلیلاً***... یعنی

مثال دیگر که مناسب این مبحث است آیهٔ ۹۲ از سورهٔ نساء است[۱].

ادامه پاورقی از صفحه قبل

گفته‌ها را جابجا می‌کنند و برخی از تذکرات را فراموش می‌کنند و پیوسته از آنان خیانت می‌بینی مگر از کمی از آنها.آیهٔ ۱۳، سورهٔ مائده.

۱-این آیه نسبتاً طولانی است، برای دانستن متن و ترجمهٔ آن بهتر است به قرآن ترجمه‌دار مراجعه شود. مضمون این آیهٔ شریفه به اختصار این است: قتل غیرعمد در سه مورد بیان شده: در مورد مسلمان ساکن در دارالسلام، در مورد مسلمان ساکن در دارالحرب بدون عهد و پیمان و در مورد غیرمسلمان معاهَد و در هر سه مورد کفاره واجب شده و آن آزاد کردن برده‌ای مسلمان است. پس از آن سه جمله چنین آمده است: «**فَمَنْ لمْ يَجِد فَصِيَامُ شَهْرين مُتَتابِعَيْنِ...** یعنی: کسی که نمی‌تواند بردهٔ مسلمانی آزاد کند باید دو ماه پی‌درپی روزه بگیرد» اکنون این پرسش به میان می‌آید که: این جمله به هر سهٔ پیشین برمی‌گردد یا فقط به جملهٔ اخیر؟

تخصیص عام وسیلهٔ مفهوم

۱۱۷- تخصیص عام وسیلهٔ مفهوم

آنچه تاکنون دربارهٔ تخصیص عام نوشته و گفته شد، همه به معنای منطوق کلام مربوط است یعنی منطوق کلامی که با عام تعارض داشته و آن را تخصیص داده باشد.

حال می‌خواهیم بدانیم هرگاه بین عموم لفظی و «مفهوم» عبارتی دیگر تعارض درگیرد کدام یك مقدم است؟ آیا چنانکه در منطوق گذشت، مفهوم هم می‌تواند عام را تخصیص دهد یا خیر؟

پیش از این در بحث مفهوم و منطوق دیدیم که مفهوم بر دو گونه است: مفهوم موافق و مفهوم مخالف و نیز خواندیم که مفهوم موافق هم بر دو قسم است: به طریق اولویت و به طریق مساوات از این‌رو اکنون باید در همهٔ اقسام مفهوم گفتگو شود:

الف - مفهوم موافقِ به طریق اولیٰ می‌تواند عام را تخصیص دهد.

به طوری که از گفتار اصولیین فهمیده می‌شود، مفهوم موافق به طریق اولویت در صورت تعارض با عام آن را تخصیص میدهد و این عقیده مورد اتفاق اصولیین است[1].

مثلاً هرگاه بگویند «هیچ فاسقی را گرامی مدار مگر اینکه خدمتکار دانشمندان باشد» در این مثال جملهٔ «هیچ فاسقی را گرامی مدار» عام است، جملهٔ «مگر اینکه...» مخصص است و منطوق این مخصص مفهوم موافقی دارد به این نحو «دانشمندان را به طریق اولیٰ گرامی دار». این مفهوم موافق به طریق اولیٰ خود در بعضی موارد با جملهٔ عام تعارض دارد و آن موردی است که‌دانشمندی فاسق باشد، در این صورت به کدام یك باید عمل کرد؟ می‌گویند مفهوم موافق، عام را تخصیص می‌دهد و معنای کلام چنین می‌شود: «هیچ فاسقی را گرامی مدار مگر اینکه خدمتکار دانشمندان باشد یا خودش دانشمند باشد». به عقیدهٔ مرحوم میرزای نائینی، تخصیص

۱- ***اجودالتقریرات نائینی***، تألیف آیت‌اللّه خوئی، صفحهٔ ۴۹۷. و جلد اوّل ***کفایه الاصول***، آخوند خراسانی، صفحهٔ ۳۶۳.

به وسیلهٔ مفهوم موافق برمی‌گردد به تخصیص به وسیلهٔ منطوق، ولی چون به هر حال در حکم قضیه تغییری داده نمی‌شود و بحث آن نیز از حوصلهٔ کلاس خارج است، از طرح و نقد آن خودداری می‌شود و می‌توان این بحث را در تقریرات ایشان دید.

مثال حقوقی: مادهٔ ۱۲۳۵ قانون مدنی به قیم در کلیهٔ امور مالی مولّیٰ‌علیه نمایندگی داده است (عام). مادهٔ ۱۲۴۱ همان قانون بیع و رهن و قرض اموال غیرمنقول او را از طرف قیم موکول به شرائطی نموده، و می‌توان گفت هبهٔ این اموال به طریق اولیٰ همین شرائط را خواهد داشت در حالی که ذکر نشده. مطابق آنچه گفته شد، این مفهوم موافق به طریق اولیٰ، عموم مادهٔ اوّل را تخصیص می‌دهد[1].

ب - *مفهوم مخالف می‌تواند عام را تخصیص دهد؟*

در صورتی که مفهوم مخالف را حجّت بدانیم آیا این مفهوم می‌تواند عام منطوق را تخصیص دهد؟ بعضی‌ها گفته‌اند مفهوم مخالف نمی‌تواند عام را تخصیص دهد[2]، زیرا مفهوم دلیلی ضعیف است و منطوق قوی‌تر از آن است ولی به عقیدهٔ اکثر اصولیین[3] چون مفهوم مخالف هم دلیل و حجّت است مثل عام و ملاك تخصیص جمع عرفی بین دو دلیل است، از این‌رو مفهوم مخالف می‌تواند عام را تخصیص دهد.

مثال حقوقی برای این بحث در مادهٔ ۱۲۸۷ و ۹۹۹ قانون مدنی به شرح زیر دیده می‌شود:

مادهٔ ۱۲۸۷ ق.م: «اسنادی که در ادارهٔ ثبت اسناد و املاك و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی... تنظیم شده باشند رسمی است».

ماده ۹۹۹ ق.م: «سند ولادت اشخاصی که ولادت آنها در مدّت قانونی به دایرهٔ سجل

۱- ***ماده ۱۲۳۵:*** مواظبت شخص مولّیٰ‌علیه و نمایندگی قانونی او در کلیهٔ امور مربوطه به اموال و حقوق مالی او با قیم است.

ماده ۱۲۴۱: قیم نمی‌تواند اموال غیرمنقول مولّیٰ‌علیه را بفروشد و یا رهن بگذارد یا معامله‌ای کند که در نتیجهٔ آن خود مدیون مولّیٰ‌علیه شود مگر با لحاظ غبطهٔ مولّیٰ‌علیه و تصویب مدعی‌العموم و در صورت اخیر شرط حتمی تصویب مدعی‌العموم ملائت قیم می‌باشد...

۲- ***کفایة الاصول***، آخوند خراسانی، جلد اوّل، صفحهٔ ۳۰۴.

۳- ***قوانین‌الاصول***، میرزای قمی، جلد اوّل، صفحهٔ ۳۰۴.

احوال اظهار شده است رسمی محسوب خواهد بود».

مادهٔ اوّل عام است و مادهٔ دوّم خاص، مادهٔ دوّم مفهوم مخالفی دارد و آن اینکه: «سند ولادت اشخاصی که ولادت آنها در مدّت قانونی به دایرهٔ سجل احوال اظهار نشده سند رسمی نیست» (حکم تمیزی ۱۳۹۳ مورخ ۱۳۷۷/۹/۴ شعبهٔ شش دیوان کشور).

این مفهوم با عموم مادهٔ اوّل متعارض است و به عقیدهٔ بیشتر اصولیین آن را تخصیص می‌دهد[۱].

مثال دیگر: مواد ۲۶۷ و ۷۲۰ قانون مدنی را با توجّه به این بحث بررسی می‌کنیم:

طبق مادهٔ ۲۶۷: «... کسی که دین دیگری را ادا می‌کند اگر با اذن باشد حق مراجعه به او دارد و اِلاّ حق رجوع ندارد» (عام).

طبق مادهٔ ۷۲۰: «ضامنی که به قصد تبرع ضمان کرده باشد حق رجوع به مضمون‌عنه ندارد».

مفهوم مخالف این ماده این است که اگر ضامن به قصد رجوع ضمانت کرده باشد، حق رجوع خواهد داشت در حالی که منطوق ماده ۲۶۷ دلالت دارد بر اینکه شرط داشتن حق رجوع إذن مدیون است و بدون آن پرداخت کننده حق رجوع نخواهد داشت.

آیا این مفهوم مخالف می‌تواند عموم مادهٔ اوّل را تخصیص دهد؟

به طوری که گفته شد، اکثر اصولیین در این‌گونه موارد قائل به تخصیص هستند ولی قول مخالف هم وجود دارد. برای دیدن نظر مخالف رجوع شود به مأخذ زیر[۲].

۱- **مقدمهٔ عمومی علم حقوق**، دکتر جعفری لنگرودی، صفحهٔ ۲۴۷.

۲- **عقود معین ۳**، دکتر کاتوزیان، ص ۳۴۷، شماره ۲۰۹.

دَوران امر بین تخصیص و نسخ

۱۱۸- طرح مسأله

گاهی عام و خاص داریم و احتمال دارد که یکی ناسخ دیگری باشد و آن دیگری منسوخ، و احتمال دارد که یکی مخصص دیگری باشد و آن دیگری هم در بقیّه حجّت باشد. این‌گونه موارد را در اصطلاح اصول فقه می‌گویند: «دوران امر بین تخصیص و نسخ». مطلب را با مثالهائی روشن خواهیم کرد ولی لازم است اوّل دربارهٔ «نسخ» توضیح بدهیم.

۱۱۹- نسخ

نسخ در لغت[۱] به چند معنا آمده: از بین بردن، از روی نوشته‌ای دوباره نوشتن و نقل. نسخه و استنساخ از معنای دوّم و تناسخ ارواح از معنای سوّم آمده است.

در اصطلاح علم اصول فقه، فقه و حقوق، نسخ دارای معنائی است متناسب با معنای اوّل و عبارت است از اینکه قانونِ مؤخر حکم قانون مقدم را بردارد. تعریف آن در اصول فقه چنین است: «*رَفْعُ الحُکمِ الشرعیِّ بدلیلٍ شرعیٍ متأخرٍ...*»[۲] یعنی نسخ عبارت است از: برداشتن حکمی شرعی با دلیلی شرعی که بعد از آن آمده باشد... بر این تعریف اشکال و پاسخ فراوان است که جای آن در کتب مفصل اصولی است.

نسخ اصطلاحی دارای اقسامی است: صریح و ضمنی - کلی و جزئی به شرحی که در درس مقدمه حقوق خوانده‌اید.

نسخ قانون مانند فسخ قرارداد است و هر دو از زمان اعلام تأثیر دارند و نسبت به گذشته بی‌اثرند.

۱- فیروزآبادی، **قاموس اللغه**، واژهٔ نسخ.

۲- **قوانین الاصول**، میرزا ابوالقاسم قمی، مبحث تخصیص نسخ.

۱۲۰-اشکالی بر نسخ و پاسخ آن

در حقوق عرفی نسخ وجود دارد و اگرچه حقوق عرفی، مانند حقوق اسلام، مبتنی بر رعایت مصالح و مفاسد است ولی نسخ قانون اشکالی پیدا نمی‌کند. زیرا قانونگذار متوجه مصالح و مفاسدی است که در زمان وضع قانون وجود دارد و از آینده خبر ندارد. در حقوق مذهبی و قانون الهی که علم خدا محدود به زمان نیست و از گذشته و حال و آینده آگاه است نسخ قانون شرعی با این اشکال روبروست که: برداشتن حکم شرعی اگر با بقای مصلحت و مفسدهٔ مبنای آن باشد موجب تفویت مصلحت یا القای در مفسده است و اگر مصلحت و مفسده برای ادامهٔ آن از آغاز وجود نداشته که با علم خدا سازگار نیست. زیرا در آغاز حکم به صورت دائم و غیرمقید به زمان بوده است.

پاسخی که به این اشکال داده شده این است: که رفع و برداشتن در تعریف نسخ در معنای حقیقی بکار نرفته بلکه به معنای دفع است. زیرا نسخ عبارت است از اعلام انتهای مدّت حکم بدین توضیح که: اگرچه حکم به ظاهر دائمی و یا غیرموقت بوده است ولی در واقع مدت‌دار و موقت بوده، ما نمی‌دانسته‌ایم، بعد با رسیدن حکم و قانون ناسخ بر حقیقت امر آگاه شده‌ایم. این مطلب را می‌توان به تفصیل در کتب اصولی در باب نسخ مطالعه کرد و پیداکردن آن خیلی دشوار نیست.

۱۲۱-مثالهائی برای نسخ

نسخ در قوانین عرفی فراوان است، کافی است یك مجموعهٔ قوانین را ورق بزنیم و بر تعداد زیادی از قوانین ناسخ و منسوخ آگهی یابیم. برای نمونه مادهٔ ۱۵۵ قانون امور حسبی ناسخ ماده ۱۰۲۳ ق.م. در احتساب اولین آگهی است[1]. در شرع نیز نسخ واقع شده و احکامی وجود

۱- ماده ۱۵۵ قانون امور حسبی: «... جلسهٔ رسیدگی به درخواست، به فاصلهٔ یك سال از تاریخ نشر ***آخرین آگهی*** معیّن می‌گردد...».

ماده ۱۰۲۳ ق.م: «هرگاه یك سال از تاریخ ***اولین اعلان*** بگذرد و حیات غائب ثابت نشود حکم موت فرضی او داده می‌شود».

داشته که بعد نسخ شده‌اند. مانند حکم قبله: در آغاز اسلام و تا مدّتی پس از هجرت نبی اکرم (ص) به مدینه، مسلمانان رو به بیت‌المقدس نماز می‌گزاردند، ولی در سال دوّم هجرت آیهٔ شریفهٔ «فَوَلِّ وَجْهَكَ شَطْرَ الْمَسْجِدِ الْحَرامِ»[1] یعنی: به سمت مسجدالحرام رو کن، نازل شد و قبله به کعبه در مکّه تغییر یافت. در بحث قرآن مثالهای بیشتری خواهیم آورد.

۱۲۲ - *مقایسهٔ نسخ با تخصیص*

نسخ جلوگیری از امتداد زمانی قانون است، در حالی که تخصیص محدود کردن حکم قانون عام نسبت به برخی از افراد آن است. با این همه، نسخِ جزئیِ قانون شبیه است به تخصیص. مثلاً اگر قانونی کسبه را مکلّف نماید به دادن صورتحساب به مشتریان خود و بعداً قانون دیگری صنفی از آنها، مثلاً نانوایان، را از این حکم معاف کند، این وضع از جهتی می‌تواند تخصیص باشد، چون محدودیتی در افراد مشمول قانون عام است و از جهتی می‌تواند نسخ باشد، چون از امتداد زمانی قانون نسبت به جزئی از مورد آن جلوگیری کرده است.

به لحاظ وجود شباهت بین نسخ و تخصیص لازم است که وجه افتراق آنها را هم بدانیم. فرق این دو از جهاتی است: یکی از آنها این است که، تخصیص باید همزمان یا پیش از فرارسیدن زمان عمل به عام باشد و نسخ برعکس، باید پس از فرا رسیدن زمان به کار بستن عام باشد. بنابراین در مثالی که گذشت اگر قانون دوّم پیش از زمان اجرای قانون اوّل تصویب شده باشد، آن را تخصیص داده است و اگر پس از فرا رسیدن زمان اجرای قانون اوّل تصویب شده باشد، آن را در خصوص مورد نسخ کرده است.

۱۲۳ - *حکم دوران امر بین تخصیص و نسخ*

هرگاه عام و خاصی به ظاهر باهم متعارض باشند، باید قائل شد که خاص عام را تخصیص می‌دهد و بدین طریق بین آنها جمع کرده، هر دو رابه کار بست. منتها این راه حل در تمام موارد تعارض عام و خاص قابل اجرا نیست، زیرا در پاره‌ای از موارد شرایط تخصیص موجود نیست و در آن صورت ناچار باید قائل به نسخ گردید و مورد تعارض واقعی عام و خاص

۱- آیه ۱۴۴ از سورهٔ بقره.

همین یك فرض است. پیش از بیان موارد تخصیص و نسخ اشاره به دو نکته زیر ضروری است:

۱- در صورت احتمال نسخ و تخصیص، دوّمی مرجّح و برتر است زیرا:

اولاً- تخصیص توضیح و بیانی است برای اراده‌ای که به صورت عام اظهار شده در حالی که نسخ ارادهٔ اظهار شده را کلاً یا بعضاً از بین می‌برد. بنابراین نسخ تغییر وضع قانون سابق است.

ثانیاً- اگر معتقد به تخصیص شویم، هر دو قانون را اعمال کرده‌ایم و اگر قائل به نسخ شویم یکی را و می‌دانیم که: *«اَلْجَمْعُ مَهْما اَمْکَنَ اَوْلیٰ مِنَ الطَّرْحِ»*، یعنی: تا آنجا که ممکن است باید تمام ادله را به کار گرفت.

ثالثاً- به علت اینکه تخصیص فراوان‌تر از نسخ است به طوری که در جای خود اشاره شده که گفته‌اند *«مٰا مِنْ عٰامٍ اِلاّ وَ قَدْ خُصَّ»* و به موجب قاعدهٔ غلبه باید تخصیص را مقدم داشت زیرا *«اَلظَّنُّ یُلحِقُ الشیئَ بِالْاَعَمِّ الْاَغْلَبِ»*، یعنی: ظنّ و گمان مایهٔ آن است که هر موردی به موارد غالب ملحق شود.

۲- از شرائط امکان تخصیص این است که مخصص همزمان یا پیشتر از زمان عمل به عام رسیده باشد. زیرا چنانکه گفته شد تخصیص بیان عام است و تأخیر بیان از زمان عمل، از نظر عقلی قبیح و ناپسند است. برعکس، شرط امکان نسخ این است که ناسخ بعد از زمانِ عمل به منسوخ رسیده باشد. پس هرگونه بیانی بعد از زمان عمل برسد نسخ خواهد بود نه تخصیص.

اکنون به بیان صورت‌های مسأله می‌پردازیم:

۱۲۴- صورت‌های مسأله

تعارض عام و خاص بر حسب زمان چهار نوع است: زیرا یا تاریخ ورود هر دو معلوم است یا مجهول و فرض اوّل بر سه نوع است: یا همزمانند، یا عام مقدم است و خاص مؤخر و یا برعکس، یعنی خاص مقدم و عام مؤخر است و در ادامه به بیان حکم هر یك می‌پردازیم:

صورت اوّل

که عام و خاص همزمان باشند - در این صورت خاص عام را تخصیص می‌دهد. مانند مواد ۴۴۵ تا ۴۴۷ قانون مدنی که همزمان تصویب شده و در یك زمان لازم‌الاجرا گردیده‌اند. این مواد بدین شرحند:

مادهٔ ۴۴۵- هر یك از خیارات بعد از فوت، منتقل به وارث می‌شود.

مادهٔ ۴۴۶- خیار شرط ممکن است به قید مباشرت و اختصاص به شخص مشروطله قرار داده شود، در این صورت منتقل به وارث نخواهد شد.

مادهٔ ۴۴۷- هرگاه شرط خیار برای شخصی غیر از متعاملین شده باشد منتقل به ورثه نخواهد شد. مادهٔ دوّم و سوّم مخصص مادهٔ اولند.

صورت دوّم

که عام بر خاص مقدم باشد ـ این خود بر دوگونه است: یا زمان عمل به عام پیش از ورود خاص فرا رسیده است یا نرسیده، در صورت اوّل خاص مؤخر را ناسخ عام مقدم (نسخ جزئی) و در صورت دوّم آن را مخصص می‌دانند. علّت این امر همان دو نکته‌ای است که قبلاً به آن اشاره شد که در صورت احتمال نسخ و تخصیص. تخصیص مرجّح است. به شرط اینکه زمان عمل به عام فرا نرسیده باشد وگرنه باید قائل به نسخ شد. منتها باید توجّه داشت که خاص، عام را فقط تا مقداری که با آن منافات دارد، نسخ می‌کند نه بیشتر (نسخ جزئی).

مثال: هرگاه بگویند همه حق دارند در معاملات دولتی شرکت کنند و بعد بگویند نخست‌وزیر، وزیران و نمایندگان مجلس از شرکت در معاملات دولتی ممنوعند؛ در اینجا باید دید که فاصلهٔ زمانی این دو دستور چقدر است اگر قانون دوّم پس از رسیدن زمان اجرای قانون اوّل رسیده باشد، ناسخ آن است و اگر پیش از فرارسیدن زمان اجرای آن باشد، مخصص آن خواهد بود. باید توجّه داشت که در اینجا از نظر عملی تفاوتی بین نسخ و تخصیص وجود ندارد و نیز در هر دو حال به اندازه‌ای که تغایر و تعارض وجود داشته باشد نسخ یا تخصیص بوجود می‌آید.

صورت سوّم

که خاص مقدم بر عام باشد ـ در اینجا اختلاف است که آیا خاص، مخصص عام است یا عام ناسخ خاص؟ در حالی که دانشمندان برجسته‌ای مانند شیخ طوسی[1] و سید مرتضیٰ قائل به نسخ شده‌اند (البته در صورتی که خاص به مرحلهٔ اجرا در آمده باشد) اکثر اصولیین معتقدند که خاص مقدم، عام مؤخر را تخصیص می‌دهد، قول سوّمی هم در مسأله وجود دارد و آن قول

۱- به نقل محقق حلّی، در کتاب ***معارج الاصول***، صفحهٔ ۹۸.

به توقف و رجوع به مرجحات است.

از نظر حقوقی نیز این بحث مطرح گردیده و دیوان عالی کشور ضمن رأی لازم‌الاتّباع هیأت عمومی در عمل عقیدهٔ دوّم (تخصیص) را پذیرفته است.

رأی مزبور بدین شرح است:

«قانون تصفیهٔ امور ورشکستگی مصوب ۱۳۱۸ ترتیب خاصی برای پرداخت دیون **ورشکسته** مقرر داشته و بستانکاران از ورشکسته را به پنج طبقه تقسیم و حق تقدم هر طبقه را بر طبقهٔ دیگر تصریح نموده و مادهٔ ۳۰ قانون مالیات بر درآمد مصوب ۱۳۳۵ راجع به وصول مالیات و جرائم آن از اموال و دارائی ***عموم مؤدیان***، ناظر به اشخاص ورشکسته که وضع مالی آنها تابع قانون خاصی می‌باشد نبوده و آراء شعب پنجم و دهم دیوان عالی کشور که وزارت دارائی را درمورد وصول مالیات متعلق به آن از بازرگانان ورشکسته در طبقه پنجم و در ردیف سایر بستانکاران عادی شناخته صحیحاً صادر گردیده و به اکثریت آراء تأیید می‌شود. این رأی... لازم‌الاتباع است».

قسمتی از مقدمهٔ این رأی (رأی شمارهٔ ۲۱۲ مندرج در روزنامهٔ رسمی مورخ ۱۳۵۰/۸/۶)[1] در زیر آورده می‌شود تا چگونگی استدلال دیوان کشور دانسته شود.

۱- «... رأی هیأت عمومی راجع به عدم قبول قرار تأمین در مورد مطالبات خصوصی اشخاص به عنوان یك طلب ممتاز نمی‌تواند نسبت به قانون مالیات بر درآمد که جنبه نظم عمومی دارد قابل استناد باشد و برای حلّ موضوع مختلف‌فیه بین شعبه پنجم و چهارم دیوان کشور، باید دید مواد ۳۰ و ۱۵۳ قانون مالیات بر درآمد و ماده ۵۸ قانون تصفیه کدام عام و کدام خاص است و طبق قواعد فقهی چگونه می‌توان رفع تعارض کرد.

قبلاً لازم می‌دانم راجع به معنای حکم عام و حکم خاص مختصری بیان نمایم:

حکم عام عبارت از حکمی است که تمام افراد قابل انطباق با مفهوم خود را به طریق استغراق فرا گیرد. تخصیص عبارت از کاسته شدن عمومیت حکم عام و محدود شدن آن به بعضی از افراد است و این، دو صورت دارد یا ورود حکم خاص بعد از ورود و اجرای حکم عام است و یا بالعکس حکم عام بعد از ورود و اجرای حکم خاص است.

در فرض اوّل یعنی ورود حکم خاص بعد از ورود و اجرای حکم عام، قبلاً حکم عام متوجّه تمام افراد شده و بعدها به موجب حکم خاص افرادی چند از آن خارج و حکم اولی نسبت به آن افراد نسخ می‌شود.

در فرض دوّم یعنی ورود حکم عام بعد از ورود و اجرای حکم خاص سه عقیده وجود دارد:

ادامه پاورقی در صفحه بعد

به موجب این رأی که در حکم قانون است، می‌توان گفت این بحث از نظر حقوق ایران تمام شده است زیرا دیوان کشور عملاً تخصیص را پذیرفته است.

مثال دیگر: به موجب قانون حمایت خانواده، نفقهٔ زوجه بر سایر دیون مقدم است، ولی به موجب قانون امور حسبی و ورشکستگی نفقهٔ زوجه در درجه چهارم است (ماده ۲۲۶ ق.ا. حسبی و ماده ۵۸ قانون تصفیه امور ورشکستگی)[1]. می‌دانیم که قانون امور حسبی مصوب

ادامه پاورقی از صفحه قبل

عقیدهٔ اوّل بر این است که حکم خاص در بدو امر دایرهٔ عموم حکم عام را در افرادی کمتر محدود می‌نماید.

عقیدهٔ دوّم که از سیّدَین و شیخ نقل شده بر این است که در چنین صورتی حکم عام ناسخ حکم خاص می‌باشد. این عقیده نیز از طرف شادروان استاد کاپیتان که صیت شهرت او در حقوق مدنی جهانی است، به شرح زیر برگزیده شده است:

[نسخ ضمنی از تغایر و تضاد بین قانون سابق و لاحق حاصل می‌شود در صورت تدوین قانون جدید مفروض این است که مقنن اراده کرده مقررات عاقلانه وضع نماید نه اینکه دو قانون متضاد توأماً قابل اجرا باشد. بنابراین همین که اجرای قانونی موجب شود که قانون دیگر بلا اعمال بماند، واضح است که قانون جدید اولویت دارد و تنها باید آن را اعمال کرد...].

عقیدهٔ سوّم مبتنی بر توقف است بدین معنا که اگر مرجحات خارجی وجود داشته باشد باید حکم عام را ناسخ حکم خاص و اِلاّ حکم خاص را مخصص حکم عام دانست.

با توجّه به مقیاس و معیار تشخیص حکم عام و خاص باید معتقد شد که قانون مالیات بر درآمد نسبت به حقوق ممتازهٔ پیش‌بینی شده در آن. حکم عام و قانون تصفیه نسبت به حقوق ممتازه مشمول آن حکم خاص است.

(قسمتی از عبارت مقدمه اینجا حذف شده است).

چون عقیده سوّم در مورد ارجحیت حکمی که متضمن مرجحات است، اعم از اینکه عام باشد یا خاص، در نظر علما یك عقیده راجحه به شمار می‌آید. دادسرای دیوان عالی کشور معتقد است که جنبه ناسخیت حکم قانون مالیات بر درآمد نسبت به قانون تصفیه مرجح است...».

۱- قانون حمایت خانواده مصوب ۱۳۵۳/۱۱/۱۵، تبصره ۲ ماده ۱۲: «پرداخت نفقه قانونی زوجه و اولاد بر سایر دیون مقدم است».

ماده ۲۲۶- ورثه ملزم نیستند غیر از ترکه چیزی به بستانکاران بدهند و اگر ترکه برای اداءِ تمام دیون کافی نباشد ترکه مابین تمام بستانکاران به نسبت طلب آنها تقسیم می‌شود مگر اینکه آن را بدون شرط قبول کرده باشند که در

ادامه پاورقی در صفحه بعد

سال ۱۳۱۹ و قانون حمایت خانواده مصوب سال ۱۳۴۶ است. پس قانون خاص مربوط به ورشکستگی مقدم است بر قانون عام،و مورد از مصادیق صورت سوّم است.

مثال سوم: ماده ۵۹۰ قانون تجارت و ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی نیز از همین باب است. قانون تجارت مصوب ۱۳۱۱ خاص مقدم و قانون مدنی، اشخاص، مصوب ۱۳۱۳ عام مؤخر است.

صورت چهارم[1]

جهل به تاریخ تقدم و تأخر عام و خاص، این صورت خود بر سه گونه است: جهل به تاریخ هر دو، جهل به تاریخ عام تنها، جهل به تاریخ خاص تنها، صورت اوّل در واقع یکی از صور مقدم است و چون حکم صور پیش یکسان نبود، بلکه خاص گاهی مخصص، گاهی ناسخ و گاهی منسوخ قرار می‌گرفت، پس نمی‌توان حکم واحدی برای صورت چهارم بیان داشت و ناچار باید تعارض بین عام و خاص را محقق دانسته حکم به تساقط هر دو و رجوع به اصول عملیه نمود، البته به اندازهٔ رفع تعارض. این عقیدهٔ برخی از محققان متأخر مثل صاحب کفایه است[2] لکن متقدمان مانند صاحب معالم معتقد به تخصیص بوده‌اند[3].

اینها همه مربوط به صورت اوّل - جهل به تاریخ هر دو - است.

ادامه پاورقی از صفحه قبل

این صورت مطابق ماده ۲۴۶ مسئول خواهند بود.

در موقع تقسیم، دیونی که به موجب قوانین دارای حق تقدّم و رجحان هستند رعایت خواهد شد، بستانکاران زیر هر یك به ترتیب حقّ تقدّم بر دیگران دارند:

(قسمتی از عبارت ماده اینجا حذف شده است).

طبقه چهارم: *الف* - نفقه زن مطابق ماده ۱۲۰۶ قانون مدنی. **ب** - مهریه زن تا میزان ده‌هزار ریال.

طبقه پنجم: سایر بستانکاران.

۱- وقوع این صورت در قانون موضوعه بعید است چون تاریخ تصویب قانون معلوم است. ولی در اخبار و احادیث این وضع دور از تحقق نبوده است.

۲- ***کفایة الاصول***، آخوند ملّا کاظم خراسانی، جلد اوّل، چاپ طاهر، صفحهٔ ۳۷۱.

۳- ***معالم‌الاصول***، شیخ حسن، پایان مبحث عام و خاص.

جهل به تاریخ عامِ تنها یا خاصِ تنها را شاید بتوان با کمك اصل تأخر حادث (به شمارهٔ ۲۸۵ مراجعه شود) حل کرد. بدین نحو که هرگاه تاریخ عام معلوم و تاریخ خاص مجهول باشد با کمك این اصل، خاص را مؤخر فرض کنیم و آن را مخصص بدانیم و هرگاه تاریخ خاص معلوم و تاریخ عام مجهول باشد، با کمك این اصل عام را مؤخر فرض کنیم و حکم آن را روشن سازیم.

ولی اصولیین بین این موارد با موردجهل به تاریخِ هردو، فرق‌نگذاشته‌اند و به نظر می‌رسد علّت این کار آن است که اصل نمی‌تواند لوازم و آثار عقلی خود را اثبات نماید و می‌گویند اصل مثبت حجّت نیست[۱] و این مطلب را در بحث امارات (شماره ۲۴۸) خواهیم دید[۲].

۱۲۵- *فایدهٔ عملی این بحث*

نسخ و تخصیص را باهم مقایسه کردیم و تفاوت آن دو را از لحاظ نظری و علمی و همچنین از لحاظ شرائط اعمال هر یك و موارد آنها بیان کردیم ولی هنوز یك مطلب دیگر در این زمینه بجا مانده و آن بررسی فایدهٔ عملی این بحث است. این مطلب را می‌توانیم به این صورت مطرح کنیم که: در موارد گفته شدهٔ پیش، از لحاظ عملی چه فرق می‌کند که معتقد به تخصیص شویم یا قائل به نسخ باشیم؟

برای روشن شدن پاسخ این پرسش بهتر است صورت مسأله را دوباره بررسی کنیم:

هرگاه خاص مقدم، و عام مؤخر باشد، اگر معتقد به تخصیص شویم دایرهٔ شمول عام محدود می‌شود در حالی که اگر معتقد به نسخ شویم خاص از بین می‌رود و دایرهٔ شمول عام محدود نمی‌شود. مثلاً در همان رأی مربوط به مالیات اگر قانون ورشکستگی راکه خاص مقدّم است مخصص قانون مالیات بر درآمد بدانیم که عام مؤخر است، نتیجه‌اش این است که وزارت دارائی در مورد وصول مالیات از تاجر ورشکسته در طبقه پنجم و در ردیف سایر بستانکاران عادی قرار می‌گیرد (نظر دیوان کشور)، ولی اگر عام مؤخر را ناسخ خاص مقدم بگیریم دیگر وزارت دارائی در طبقه پنجم قرار نمی‌گیرد و در ردیف بستانکاران موضوع طبقات اوّل تا چهارم قرار خواهد گرفت.

۱- ***حاشیهٔ مشکینی بر کفایةالاصول***، چاپ طاهر، صفحهٔ ۳۷۰.

۲- درک و فهم این صورت چهارم مستلزم دانستن مباحث آینده است و چاره‌اندیشی آن با مدرسان محترم است.

گفتار ششم - مطلق و مقید، مجمل و مبین

بخش اول
مطلق و مقید

مقدمه - *مباحث این گفتار و حجیت اصالةالاطلاق*

این گفتار دارای دو بخش است. در بخش اول از مطلق و مقید و در بخش دوم از مجمل و مبیّن بحث می‌کنیم. عناوین بحث بخش اول از این قرارند:

- تعریف مطلق و مقید
- مطلق و مقید در حقوق موضوعه
- اطلاق و تقیید نِسبی است
- اطلاق و تقیید متلازمند
- کلماتی که می‌توانند مطلق یا مقید شوند
- آیا جمله می‌تواند مطلق یا مقید شود؟
- فرق عام و مطلق
- چگونگی استفادهٔ اطلاق از مطلق
- مقدمات حکمت
- حمل مطلق بر مقید

در بخش دوم از اصطلاحاتِ تکلیف به مجمل، تأخیر بیان و اجمال در قوانین موضوعه گفتگو خواهیم کرد. پیش از ورود در این مباحث نکتهٔ مهمی را مطرح می‌سازیم:

اصل اطلاق است و تقیید باید مسلم باشد. این اصل، که اصلی لفظی است، حجت است و در حجیت آن تردیدی نیست. مبنای حجیت آن ظهور لفظی و بنای عقلاء و عدم ردع و ردّ

شارع است.

۱۲۶- تعریف مطلق و مقید

اطلاق در لغت به معنای رهائی و آزادی و تقیید به معنای گرفتار نمودن و دربند کردن است. دراصطلاح اصولی نیز معنائی جز این ندارند و تعریف مشهور[1] آنها چنین است:

«اَلْمُطْلَقُ ما دلّ عَلیٰ شائِع فی جنسِهِ» یعنی مطلق کلمه‌ای است که دلالت کند بر معنائی که دارای افرادی باشد مانند کلمات آب، انسان، بیع، جرم و کیفر.

«اَلْمُقَیَّدُ مااُخرِجَ مِنْ شیاعٍ» یعنی مقید آن است که از مطلق بیرون آورده شده باشد و می‌توان گفت هر کلمهٔ مطلق راکه با افزوده شدن قیدی بر آن دایرهٔ شمولش محدود شود و افراد کمتری را فراگیرد مقید گویند. مانند: آب جاری، انسان آزاد، بیع نقدی، جرم جنائی، کیفر تبعی.

مثال مشهور مطلق در اصول فقه این آیه است ***«اَحَلَّ اللّهُ‌الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ‌الرِّبا»***[2] البته بنابر آنکه الف و لام برای جنس باشد نه استغراق. و برای مقید مثال می‌زنند به ***اَعتَقْ رَقَبةً مؤمنةً.***

مثال حقوقی آن را می‌توان مواد ۱۹۹ تا ۲۰۱ قانون مدنی دانست. بدین شرح:

«رضای حاصل در نتیجهٔ اشتباه یا اکراه موجب نفوذ معامله نیست» (مادهٔ ۱۹۹).

«اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد» (مادهٔ ۲۰۰).

«اشتباه در شخص طرف معامله به صحت معامله خلل وارد نمی‌آورد مگر در مواردی که شخصیت طرف علّت عمدهٔ عقد باشد» (مادهٔ ۲۰۱).

از این مواد، مادهٔ ۱۹۹ مطلق است. زیرا مطلق اشتباه را موجب عدم نفوذ معامله دانسته و مواد ۲۰۰ و ۲۰۱ آن را مقید کرده‌اند.

تعاریف مذکور شرح اسمند نه «حدّ و رسم». از این رو نیازی به بیان جامع و مانع بودن یا نبودن آن و اشکالات و پاسخهای آن احساس نمی‌شود.

۱- ***قوانین‌الاصول*** میرزای قمی، جلد اوّل، چاپ تفرشی، صفحه ۳۲۱.

۲- سورهٔ بقره، آیهٔ ۲۷۵

اطلاق و تقیید از صفات لفظ است یا معنا؟ به طوری که از تعریف بالا فهمیده می‌شود اطلاق و تقیید از صفات لفظ است: کلمه و جمله یا مطلق است یا مقید. این نظر از عبارت کفایه[۱] فهمیده می‌شود ولی به عقیدهٔ میرزای نائینی[۲] اطلاق و تقیید از صفات معناست و لفظ، تبعاً به آنها متصف می‌شود. این عقیده به نظر درست می‌آید.

۱۲۷- *مطلق و مقید در حقوق موضوعه*

این اصطلاحات اگرچه مربوط به اصول فقه است ولی چنانکه پیشتر گفته شد، اکثر مباحث اصول فقه قابل انطباق بر همهٔ قوانین است و منحصر به فقه اسلامی نیست. مطلق و مقید نیز همین طور است و در هر قانونی می‌توان مصادیق زیادی از آن را دید. برای نمونهٔ مادهٔ ۴ قانون مدنی را در نظر می‌گیریم که می‌گوید: «اثر قانون نسبت به آتیه است...» کلمهٔ «قانون» در این ماده مطلق است و شامل قانون مدنی، قانون کیفر همگانی، قانون بازرگانی و جز اینها می‌شود و کلمهٔ «روزنامه» در مادهٔ ۳ همان قانون مقید است به قید «رسمی».

۱۲۸- *اطلاق و تقیید نسبی است*

هرگاه مفهومی را با یکی از حالات، عوارض و اوصافش بسنجیم چنانچه آن مفهوم را رها و وارسته از آن قید در نظر بگیریم، نسبت به آن مطلق است و هرگاه آن را همراه با آن قید در نظر بگیریم، مقید است. مثلاً بیع از نظر زمان می‌تواند (نسبت به هر یك از دو مورد آن یا هر دوی آنها) مقید به زمان باشد و در صورت اوّل بر حسب مورد نسیه، سلم یا سلف و کالی به کالی و در صورت دوّم بیع نقدی نامیده می‌شود. به طوری که ملاحظه می‌شود بیع نسبت به زمان یا مطلق یا مقید است و این است معنای اصطلاح نسبی بودن مطلق و مقید. به‌علاوه ممکن است کلمه‌ای نسبت به وصف یا حالتی مقید و نسبت به دیگری مطلق باشد. برای مثال بیع نسیه که نسبت به زمان مقید است، هرگاه مکان تأدیه ثمن آن قید نشده باشد نسبت به آن اطلاق دارد و این نکته نسبی بودن اطلاق و تقیید را بخوبی روشن می‌سازد.

۱- ***کفایةالاصول،*** آخوند خراسانی، جلد اوّل، چاپ عبدالرحیم، صفحه ۳۷۶، در این مورد به حاشیه مشکینی مراجعه شود.

۲- ***فوائد الاصول کاظمی،*** گردآورده از تقریرات میرزای نائینی، صفحهٔ ۳۵۶، جلد اوّل، چاپ علمیه

۱۲۹- *اطلاق و تقیید متلازمند*

منظور از این عنوان این است که مفهوم تنها نسبت به عوارضی می‌تواند مطلق باشد که بتواند به آنها مقید شود. و اگر مفهومی نتواند به عرضی مقید شود نمی‌توان گفت نسبت به آن مطلق است. به عبارت دیگر هرگاه مفهومی بتواند وصف، کیفیت یا حالتی را داشته باشد ولی فاقد آن باشد می‌توان گفت نسبت به آن مطلق است. امّا اگر نتواند بدان متصف شود و یا از آن عاری باشد نمی‌توان گفت مطلق یا مقید است. مثلاً آب می‌تواند گرم یا سرد باشد پس می‌تواند نسبت به گرمی و سردی مطلق یا مقید باشد. ولی نسبت به وصف مایع بودن نمی‌تواند مطلق یا مقید باشد، چون نمی‌تواند بدون آن باشد. آبی که وصف مایع بودن را از دست دهد، دیگر اسمش آب نیست و بر حسب مورد آن را یخ یا بخار آب گویند.

در اصول فقه برای این مطلب مثال می‌زنند به قصد امتثال امر و علم به قانون؛ و می‌گویند نمی‌توان به اطلاق امر استناد کرد و گفت قصد امتثال امر نمی‌خواهد و نیز نمی‌توان گفت امر نسبت به علم و جهل مطلق است. زیرا این امور نمی‌توانند امر را مقید کنند و هر چیزی که نتواند امر را مقید کند عدم آن اطلاق محسوب نمی‌شود.

از نظر حقوقی می‌توان مثال زد به بیع نسبت به زمان و مکان برای امکان اطلاق و تقیید، و به بیع نسبت به وقفیت مورد معامله برای عدم امکان اطلاق و تقیید.

مثال دیگر: مادهٔ ۱۸۸ قانون مدنی که می‌گوید: «عقد خیاری آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی اختیار فسخ باشد.» ظاهراً مطلق است، هم شامل عقد لازم می‌شود و هم عقد جائز، ولی چون نمی‌توان آن را به صراحت مقید به هر دوی آنها نمود، پس در صورت عدم تقیید هم نمی‌توان آن را از این جهت مطلق دانست[۱]. پس، منظور ماده از «عقد خیاری» فقط عقد لازم است نه عقد لازم و جائز.

۱۳۰- *کلماتی که می‌توانند مطلق یا مقید شوند*

اسم اعم از نکره و معرفه، جزئی و کلی، اسم جنس و اسم شخص، مفرد و جمع می‌تواند

۱- **حقوق مدنی،** دکتر کاتوزیان، جلد اوّل، تعهدات در اقسام عقود.

مطلق یا مقید شود. مثلاً در مادهٔ ۳۸ قانون مدنی «مالکیت زمین مستلزم مالکیت فضای محاذی آن است... و همچنین است نسبت به زیر زمین....» کلمهٔ زمین مطلق است، شامل هرگونه زمین اعم از مسکونی و غیرمسکونی، دائر و بائر، مزروعی یا غیرمزروعی می‌شود و کلمه‌ای است نکره، کلّی، اسم جنس و مفرد. در مادهٔ ۱۳ ق.م. «اراضی و ابنیه و آسیا... غیرمنقول است» کلمات: «اراضی و ابنیه» جمع، اسم جنس و نکره هستند و کلمهٔ «آسیا» مفرد، اسم جنس، کلّی و نکره است، در این جمله (دانشکدهٔ حقوق دانشگاه تهران برای سال تحصیلی آینده سیصد دانشجو می‌پذیرد) «دانشکدهٔ حقوق» کلمه‌ای است معرفه، جزئی، اسم شخص، مفرد و در عین حال مقید به قید «دانشگاه تهران» و در مادهٔ ۱۳۷ قانون مدنی «حریم چاه برای آب خوردن ۲۰ گز و برای زراعت ۳۰ گز است» کلمهٔ «حریم» اسمی است مفرد و نکره که مقید شده به کلمه «چاه».

۱۳۰/۱ - *آیا جمله می‌تواند مطلق یا مقید شود؟*

علمای اصول فقه[۱] می‌گویند جمله نیز مانند مفرد می‌تواند مطلق یا مقید شود و مثال می‌زنند به صیغهٔ امر که نسبت به نحوهٔ وجوب عینی، تعیینی و نفسی اطلاق دارد. برای روشن شدن مطلب مثالی می‌زنیم: (خدمت نظام‌وظیفه بر هر جوان ایرانی لازم است) این جمله خبریه که در معنا جملهٔ امری است، مفید وجوب عینی، تعیینی و نفسی است و این معانی از جمله استفاده می‌شود نه از مفردات این کلام.

مثال دیگر استفادهٔ اطلاق از روایت ***«لا بأسَ إذا تراضیا و طابَتْ أنْفُسُهما»*** است که هم حالت امکان علم و هم حالت عدم امکان علم به مورد صلح[۲] را فرا می‌گیرد و این اطلاق از جمله استفاده می‌شود نه از مفردات کلام. این حدیث مربوط است به عقد صلح در صورت جهل به مورد آن و معنای آن این است که: «اگر راضی باشند و دلشان بخواهد، عیبی ندارد».

مثال دیگر: در خیار عیب روایتی داریم: «... هرگاه عین آن لباس موجود باشد خریدار آن

۱- ***اصول‌الفقه،*** تألیف شیخ محمدرضا مظفر، جلد اوّل، چاپ نجف، ۱۹۶۶ میلادی، صفحهٔ ۱۷۳.

۲- ***جواهر الکلام،*** شیخ محمدحسن نجفی، کتاب صلح در مسئلهٔ علم و جهل به مورد صلح.

را به فروشنده برمی‌گرداند. ثمن را پس می‌گیرد و اگر بریده شده باشد یا دوخته شده باشد یا رنگ شده باشد خریدار ارش می‌گیرد» فقها از این جمله اطلاق گرفته‌اند که خیار عیب فوری نیست خواه خریدار عالم باشد یا جاهل و خواه مدت طولانی باشد یا کوتاه.

از نظر حقوقی می‌توان دلالت عقد را بر تسلیم فوری و بر نقد رایج محل، از باب اطلاق جمله دانست[۱]. و همچنین دلالت عقد بر لزوم را برخی از فقها از باب اطلاق عقد دانسته‌اند[۲].

عام نیز می‌تواند مطلق یا مقید شود - عام و خاص بحثی است مستقل از بحث مطلق و مقید. ولی نباید پنداشت که این عناوین نمی‌توانند باهم جمع شوند. برعکس، عام می‌تواند مطلق یا مقید باشد. اینها اوصاف و عوارض کلمه و کلامند و خود باهم قابل جمع می‌باشند و نسبت بین آنها عموم و خصوص من‌وجه است. آوردن مثالهائی بحث را روشن خواهد کرد:

مادهٔ ۱۷ قانون مدنی می‌گوید: «... به طور کلی هر مال منقول که برای استفاده از عمل زراعت لازم و مالك آن را به این امر تخصیص داده باشد... در حکم غیرمنقول است...».

در این ماده جملهٔ «هر مال منقول» عام است و مقید شده به قید «که برای استفاده...»، ولی عام مذکور در مادهٔ ۳۰ ق.م. «هر مالکی نسبت به مایملك خود حق همه‌گونه تصرف و انتفاع دارد...» مقید به قیدی نشده و مطلق است و در مثالهای پیش فراوان داشتیم مطلق‌هائی که عام نبودند.

تقیید لفظی، تقیید عقلی

تقیید ممکن است وسیلهٔ لفظ باشد چنانکه در مثال‌های پیش دیدیم و ممکن است به دلالت عقلی باشد چنانکه در شمارهٔ ۱۰۷ گذشت.

۱- *تقریرات* نائینی - کاظمی، چاپ علمیه، ۱۳۶۸ قمری، صفحهٔ ۳۶۵.

۲- *عناوین*، میرفتاح مراغه‌ای، عنوان ۲۹، ص ۱۸۷.

۱۳۱- فرق عام و مطلق

در اینجا که از عام و مطلق و نسبت بین آنها گفتگو به میان آمده فرق آنها را نیز با یکدیگر بیان می‌کنیم. اصولیین[1] میان عام و مطلق چند فرق قائل شده‌اند:

۱- ظهور عام در عموم به عقیدهٔ بیشتر اصولیین ناشی از دلالت وضعی لفظی است، در حالی که دلالت مطلق بر اطلاق - چنانکه خواهد آمد - به واسطهٔ مقدمات حکمت است و وضعی نیست (شمارهٔ ۱۳۳).

۲- دلالت عام بر عموم، ناظر بر افراد است ولی دلالت مطلق بر اطلاق غالباً ناظر بر احوال و عوارض و کیفیات می‌باشد. مثلاً دلالت تمام دانشجویان بر هر فرد عام است و دلالت دانشجویان بر دانشجوی تهرانی و شهرستانی از باب اطلاق است.

۳- عام پس از تخصیص از عموم می‌افتد در حالی که مطلق می‌تواند از جهتی مقید شود و از جهت یا جهات دیگر بر اطلاق خود باقی بماند. چنانکه اگر بگوئید «دانشجویان تهرانی» اگرچه مطلقی است که از جهتی مقید شده لکن می‌تواند از جهت تقیید به «پسر بودن یا دختر بودن» مطلق باشد.

۴- شمول عام اکثر استغراقی و شمول مطلق بدلی است. مثلاً اگر بگوئیم تمام دانشجویان را گرامی بدار، این عام شامل همهٔ آنها می‌شود ولی اگر بگوئیم دانشجو را گرامی بدار، یکی را گرامی بدارد کافی است. این در جمله‌های مثبت است ولی در جمله‌های منفی چون نکره در سیاق نفی مفید عموم است میان عام و مطلق تفاوتی باقی نمی‌ماند. مثلاً هیچ دانشجو را گرامی مدار و دانشجو را گرامی مدار هر دو مفید عموم استغراقی هستند.

تفاوت عملی عام و مطلق - آنچه گفته شد تفاوت‌های نظری بود. در عمل هم میان تعبیر به عام و مطلق تفاوت وجود دارد. چنانکه در کتاب وصیت آمده است که هرگاه موصی بطور عام یا خاص وصیت کند وصیت او درست است، ولی اگر بطور مطلق وصیت کند باطل و بیهوده خواهد بود. مثلاً هرگاه بگوید: تو در تمام امور من وصی من هستی یا بگوید در سرپرستی فرزندم وصی من هستی درست است. ولی اگر بطور مطلق بگوید تو وصی من هستی، این گفته

۱- *اجودالتقریرات*، نائینی - خوئی، جلد اوّل، صفحهٔ ۵۳۲ و ۵۳۳.

درست نیست[۱]. مگر قرینه‌ای داشته باشد. مثال دیگر در کتاب نکاح و کتاب وکالت می‌خوانیم: هرگاه زنی به مردی به‌طور مطلق وکالت دهد و مثلاً بگوید: «مرا شوهر بده». این گفته شامل خود او نمی‌شود ولی اگر بطور عام وکالت دهد و بگوید: «مرا به هرکس می‌خواهی شوهر بده» این گفته شامل خود او هم می‌شود و مرد می‌تواند آن زن را برای خودش عقد کند.

۱۳۲- چگونگی استفادهٔ اطلاق از مطلق

آیا دلالت مطلق بر اطلاق به واسطهٔ وضع لفظ است یا به مقدمات حکمت؟ این بحثی است که در اصول مطرح شده و مورد گفتگوی زیاد قرار گرفته است. قبلاً باید اشاره کرد که همه معتقدند بر اینکه دلالت اسم عَلَم و جمله بر اطلاق از باب مقدمات حکمت است و وضعی نیست. آنچه مورد اختلاف واقع شده اسم جنس است. منظور از اسم جنس کلماتی مانند آب، هوا، انسان، حیوان، نکاح و بیع است که برای مفهوم ماهیت کلّی وضع گردیده‌اند.

مورد بحث این است که آیا این کلمات وضع گردیده‌اند برای ماهیت مطلق، به طوری که اطلاق جزو موضوع‌له آنهاست، یا موضوع‌له لفظ فقط مفهوم ماهیت است و اطلاق از مقدمات حکمت استفاده می‌شود؟ قدمای اصولیین معتقد به قول اوّل بوده‌اند و اولین کسی که این قول را مورد انتقاد قرار داده و نظریهٔ جدیدی در این بحث ارائه نموده است، سلطان‌العلما[۲] در حاشیهٔ معالم است و پس از او اصولیین دیگر نیز این نظریه را پسندیده و معتقد شده‌اند که دلالت مطلق بر اطلاق وضعی نیست، بلکه به واسطهٔ مقدمات حکمت است.

تفاوتی که از لحاظ ادبی بین این دو قول وجود دارد، این است که بنا به قول قدما استعمال لفظ مطلق در مقید مجاز خواهد بود، چون استعمال در غیر ما وضع‌له است و به قول متأخرین حقیقت است چون کلمه در معنای خود به کار برده شده است.

لازمهٔ این بحث این است که اگر استعمال مطلق را در مقید مجاز بدانیم، حمل مطلق بر مقید مشکل و متوقف بر قرینه می‌شود و اگر آن را حقیقت بدانیم، اشکالی پیش نمی‌آید و

۱- **مسالک**، شهید ثانی، ص ۴۱۷ و حقوق مدنی مرحوم دکتر امامی، ج ۳، ص ۱۴۸.

۲- **حاشیه معالم**، چاپ مکتب علمی اسلامی، ۱۳۷۸ قمری، در مباحث مطلق و مقید، حاشیه مربوط به جملهٔ «*فَلِاَنَّهُ جَمْعٌ بَیْنَ الدَّلیلَیْن*» از صاحب معالم.

احتیاج به قرینه نداریم. این بحث را اندکی بعد مطرح می‌کنیم، (شمارهٔ ۱۳۴).

۱۳۳- مقدمات حکمت

منظور از مقدمات حکمت این است که در صورت جمع بودن چند شرط می‌توان گفت که مطلق دلالت بر اطلاق دارد. تعداد این شرائط و مقدمات مورد اختلاف است. برخی آن را سه، بعضی چهار و بعضی پنج تا گفته‌اند. آنچه مورد اتفّاق است، سه مقدمه است: امکان اطلاق و تقیید، در مقام بیان بودن و نبودن قرینه بر تقیید. ذیلاً در هر سه مورد توضیح مختصری داده و سپس به شرائط دیگر نیز اشاره می‌شود.

۱- *امکان اطلاق و تقیید*

به طوری که پیشتر (در شمارهٔ ۱۲۹) گفته شد اطلاق و تقیید متلازمند و منظور از این جمله این است که در جائی می‌توان گفت کلمه یا کلام اطلاق دارد که بتوان آن را مقید نمود و هرگاه مقید کردن سخنی ممکن نباشد، اطلاق هم نمی‌تواند داشته باشد. مثلاً مورد معامله را نمی‌توان مقید کرد به قیدی که آن را مردد سازد. یعنی نمی‌توان گفت مبیع این کتاب است یا آن کتاب؛ از این رو نمی‌توان گفت کلمهٔ مبیع که در متون قانونی بکار رفته است، از این جهت اطلاق دارد و به عکس می‌توان مورد معامله را مقید به مدّت کرد و گفت: این کتاب را که مبیع است، یك ماه دیگر تحویل می‌دهم. پس می‌توان آن را در صورت عدم قید، از این حیث مطلق دانست.

۲- در مقام بیان بودن

برای اینکه کلمه یا کلامی بر اطلاق دلالت کند باید گوینده در صدد بیان مطلب (از جهتی که اطلاق آن مورد بحث است) باشد توضیح آنکه گاهی گوینده در صدد اجمال گوئی یا در مقام بیان مطلب دیگری (غیر از آنچه مورد اطلاق است) می‌باشد. در این صورت نمی‌توان از آنچه گفته شده استفادهٔ اطلاق کرد. مثلاً گاهی قانونگذار در صدد تشریع و قانونگذاری است. مانند *«اَقیمُوا الصَّلٰوةَ وَآتُوا الزَّکٰوةَ»* که در مقام بیان وجوب نماز و زکات است و منظور این است که اجمالاً بگوید نماز و زکات واجب است. در این صورت این کلام نمی‌تواند از حیث بیان اجزاء و

شرائط و موانع اطلاق داشته باشد یا مثلاً؛ آیه: «وَكُلُوا مِمّا اَمسَكنَ» در مقام بیان حلیت شکار وسیلهٔ سگ شکاری است، نه در صدد بیان طهارت و نجاست آن، پس از این حیث اطلاق ندارد.

مثال حقوقی - قاعدهٔ تسلیط «النّاسُ مُسَلَّطونَ علی اموالِهِم» در صدد بیان شرایط تسلیط نیست و اطلاقات وصیت در صدد بیان شرط بودنِ قبول نمی‌باشد.

مثال دیگر- این مطلب را در بسیاری از مواد قانونی می‌توان یافت و برای نمونه به مادهٔ ۳ قانون حمایت خانواده اشاره می‌شود: «دادگاه می‌تواند هر نوع تحقیق و اقداماتی را که برای روشن شدن موضوع دعوا و احقاق حق لازم بداند از قبیل تحقیق از گواهان و مطلعین و استمداد از مددکاران اجتماعی و غیره به هر طریق که مقتضی باشد انجام دهد.» این ماده به هیچ وجه در صدد بیان شرایط گواه و مطلع و مددکار اجتماعی نیست و از این حیث نمی‌تواند اطلاق داشته باشد. در شمارهٔ ۳۲۰ نیز مورد دیگری آمده است.

قاعده- نکته‌ای که در اینجا باقی می‌ماند این است که در صورت شك در اینکه گوینده در صدد بیان بوده یا نه چه باید کرد و در این مورد اصل و قاعده چیست؟ اصل این است که متکلّم را در مقام بیان بدانیم. ملاك این اصل بنای عقلا و خردمندان است. بدین معنا که وقتی کسی مطلبی را بیان می‌کند و بخصوص در قوانین که موجب حقوق و تکالیفند ظاهر این است که قانونگذار می‌خواهد مطلب را به طور جدی و کامل بیان کند. پس اصل این است که بگوئیم متکلّم در مقام بیان است و کلام او مفید اطلاق می‌باشد مگر اینکه خلافش ثابت شود.

۳- نبودن قرینهٔ تقیید

برای اینکه کلمه یا کلامی اطلاق داشته باشد نباید قرینهٔ تقیید وجود داشته باشد. مثلاً در مادهٔ ۹۱۵ قانون مدنی[۱] کلمه «شمشیر» قرینه است که حبوه در دارائی مادر نیست و نیز قید «پسر بزرگ» قرینه است بر اینکه در دارائی جد و جده حبوه نمی‌باشد[۲]. چه، قرینه اگر متصل

۱- ماده ۹۱۵ : انگشتری که میت معمولاً استعمال می‌کرده... و شمشیر او به پسر بزرگ او می‌رسد.

۲- **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، ج ۳، صفحهٔ ۲۶۳.

باشد، نمی‌گذارد ظهوری برای مطلق بوجود آید و اگر منفصل باشد اگرچه ظهور بوجود می آید لکن این ظهور با فرض قرینهٔ مخالف حجیت نخواهد داشت. و مانند ماده ۹۴۰ و ۹۴۵ قانون مدنی: «زوجین که زوجیت آنها دائمی بوده... از یکدیگر ارث می‌برند» مادهٔ ۹۴۰ ظهور در اطلاق دارد، از حیث وقوع آمیزش و بیمار بودن یا نبودن. ولی مادهٔ ۹۴۵ «اگر مردی در حال مرض زنی را عقد کند و در همان مرض قبل از دخول بمیرد زن از او ارث نمی‌برد...» قرینه منفصل مخالف است و آن را مقید می‌سازد.

۴- *آیا انصراف مانع اطلاق است؟*

منظور از انصراف در علم اصول فقه این است که ذهن از معنائی روی برگرداند یا بدان متوجّه شود چنانکه «ناظر» در ماده ۸۵۷ قانون مدنی منصرف است به ناظر اطلاعی[۱].

انصراف بر چند قسم است و برخی از اصولیین اقسام آن را تا ده تا گفته‌اند[۲] ولی مهمترین آنها به شرح زیر است:

الف - انصراف بَدْوی یا ابتدائی: منظور از آن این است که به واسطهٔ کثرت وجود مصداق چیزی در خارج از ذهن، یعنی در اطراف خودمان، لفظ از مصداق نادر به مصداق غالب منصرف شود. چنین انصرافی مانع اطلاق نیست.

مثال - کلمهٔ اسلام و مسلمان، مطلق و در ایران منصرف به شیعه است، ولی این انصراف بدوی است و مانع اطلاق نمی‌باشد و این دو کلمه هم شامل شیعه می‌شوند و هم سنی را فرا می‌گیرند. از این رو وقف بر مسلمان هم شامل شیعه است و هم سنی را دربرمی‌گیرد[۳].

مثال دیگر - اصطلاح تعهد، در حقوق مدنی منصرف است به دین مالی لیکن این انصراف بدوی است و با اندك دقتی تعهدات غیرمالی را نیز فرا می‌گیرد[۴]. پس چنین انصرافی مانع اطلاق لفظ

۱- **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، ج۳، صفحهٔ ۵۱.

۲- **تقریرات**، شیخ انصاری، گردآوردهٔ میرزا ابوالقاسم کلانتر، در مطلق و مقید.

۳- **شرایع**، محقق حلّی، کتاب وقف، نظر دوم، قسم سوم در شرائط موقوف علیه. در اینجا مثال‌های دیگری نیز برای انصراف دیده می‌شود.

۴- **حقوق مدنی**، دکتر کاتوزیان، جلد اوّل، صفحهٔ ۲۴۲، چاپ مؤسسهٔ علوم اداری.

نمی‌باشد.

ب - انصراف ناشی از کثرت استعمال لفظ در بعضی از مصادیق آن: این نوع انصراف را اصولیین[۱] مانع اطلاق لفظ می‌دانند و می‌گویند انصراف در این مورد مانند قرینهٔ لفظی است و ظهوری برای مطلق باقی نمی‌ماند، مثالی که برای آن می‌زنند، آیهٔ مسح است: «***وَامْسَحُوا بِرُؤُوسِكُمْ وَ اَرْجُلِكُمْ***»[۲] که آن را منصرف به مسح با کف دست می‌دانند.

از نظر حقوقی می‌توان به کلمهٔ «مال» مثال زد که در اثر کثرت استعمال در اشیاءِ مادی و محسوس، به هنگام استعمال منصرف است به این نوع اموال، در حالی که «مال» ممکن است مادی و محسوس و ممکن است غیرمادی باشد مانند حقوق مالی[۳].

مثالی حقوقی دیگر: مادهٔ قانون مدنی که می‌گوید «هر یك از خیارات بعد از فوت منتقل به وارث می‌شود». خیارات در این ماده منصرف است به خیارات در معاملات و از خیار فسخ نکاح به واسطه عیوب مرد یا زن منصرف است. هرچند این عیوب در ماده ۱۱۳۱ همین قانون خیار فسخ نامیده شده‌اند. علت انصراف، کثرت استعمال کلمه خیار در خیارات نوع اول است.

۵- نبودن قدر متیقن در مقام تخاطب

صاحب کفایةالاصول[۴] معتقد است که برای بوجود آمدن اطلاق لازم است که قدر متیقن در مقام تخاطب وجود نداشته باشد ولی قدر متیقن خارج از مقام تخاطب مضر نیست. منظور از قدر متیقن در مقام تخاطب این است که مثلاً قرینهٔ مقامی دلالت بر تقیید کند، مانند ماده ۸۹۱ قانون مدنی و ماده ۱۹۳ قانون امور حسبی که در زیر آورده شده‌اند.

مثال- مادهٔ ۸۹۱ قانون مدنی به طور مطلق می‌گوید: «وراث ذیل حاجب از ارث ندارند: پدر، مادر، پسر، دختر، زوج و زوجه». می‌دانیم که حجب بر دو قسم است: حرمانی و نقصانی و اینها فقط حجب حرمانی ندارند. اکثرشان حجب نقصانی دارند. ولی چون این مادهٔ در ذیل بحث از حجب حرمانی و پیش از بحث حجب نقصانی آمده است، با توجه به این قرینهٔ مقامی

۱- ***اصول‌المظفر***، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۸۹.　　۲- سورهٔ مائده، آیهٔ ششم.

۳- ***حقوق مدنی***، دکتر کاتوزیان، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۰۶.

۴- ***کفایة الاصول***، جلد اوّل، آخوند خراسانی، چاپ طاهر، صفحهٔ ۳۸۴.

قدر مسلم در اینجا این است که منظور مادهٔ ۸۹۱ حجب حرمانی است[1].

مادهٔ ۱۹۳ قانون امور حسبی: «اشیاءِ ضایع‌شدنی... ممکن است مهروموم نشود و در این صورت اگر اشیاءِ نامبرده مورد احتیاج اشخاص واجب‌النفقه نباشد فروخته شده...» منظور ماده از «اشخاص واجب النفقه» به قرینهٔ مقام بحث کسانی هستند که در ترکه سهیم باشند[2]....

و مانند: روایت «لا تَنْقَضِ الیَقینَ بِالشَّکِّ» که قدر متیقن دارد و آن آثار شرعی است. پس اطلاق ندارد که آثار دیگر را فراگیرد.[3]

و آیهٔ نَفْر «لَعَلَّهُمْ یَحْذَرُون» که قدر متیقن دارد و آن حذر کردن در صورت علم به حرمت است و اطلاق ندارد که شامل صورت ظن هم بشود.[4]

این عقیده مورد انتقاد میرزای نائینی[5] قرار گرفته، او قدر متیقن را در صورتی که موجب انصراف لفظ نشود مضر به اطلاق نمی‌داند. از بحث در اقسام قدر متیقن و ورود در اختلاف این دو دانشمند خودداری می‌شود و با اشاره به کتب ایشان و محل طرح بحث، علاقه‌مندان می‌توانند بدان مراجعه کنند.

۱۳۴- حمل مطلق بر مقید

هرگاه بین مطلق و مقید تنافی و تعارضی وجود داشته باشد به نحوی که نتوان هر دو را به طور کامل به کار بست باید مطلق را بر مقید حمل کرد و بدین ترتیب بین دو دلیل جمع نمود. مثلاً هرگاه بگویند عقد معلق صحیح است و عقد نکاح معلق باطل است، چون بین این دو، تا حدّی تعارض و تنافی است، یعنی عمل کردن به یکی مستلزم عمل نکردن به دیگری است (کلاً یا بعضاً)، لذا باید مطلق را بر مقید حمل کرد و بین آنها جمع نمود و نتیجه چنین می‌شود که عقد معلق صحیح است بجز عقد نکاح. این وجه حمل اگرچه باز موجب عمل نکردن به مطلق در بعضی مصادیق آن است ولی چون دلیل مقید قرینه برای این کار است و نیز راهی است که عرف

۱- **دورهٔ حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، ج۳، صفحهٔ ۲۳۴ و ۳۴۹.

۲- مأخذ پیش، ص ۶۶۵.

۳ - ***انوارالاصول***، مکارم، ج ۳، ص ۴۲۱.

۴ - **حقوق مدنی**، دکتر امامی، ج۳، صفحهٔ ۶۶۵.

۵- ***اجودالتقریرات*** نائینی ـ خوئی، جلد اوّل، صفحهٔ ۵۲۰.

آن را می‌فهمد و می‌پسندد از این روی بهتر از راه‌حل‌های دیگر است.

حمل مطلق بر مقید فقط در صورت وجود تعارض و تنافی بین آنهاست. ولی اگر بین آنها تنافی وتعارض وجود نداشته باشد حمل یکی بر دیگری لازم نیست. مثلاً مادهٔ ۱۰ قانون مدنی مطلق و مادهٔ ۱۲۸۸ همان قانون مقید است. لکن چون بین آنها تعارضی نیست حمل یکی بر دیگری لازم نمی‌باشد. مواد مزبور به شرح زیرند:

مادهٔ ۱۰- قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.

مادهٔ **۱۲۸۸**- مفاد سند در صورتی معتبر است که مخالف قوانین نباشد.

مادهٔ اولی مطلق است زیرا هم قراردادهای کتبی را فرا می‌گیرد و هم قراردادهای شفاهی را و دومی مقید است به نوشته، چون سند نوشته‌ای است. ولی دو ماده باهم تعارضی ندارند لذا هر دو کاملاً اجرا می‌شوند.

بوجود آمدن تنافی بین مطلق و مقید منوط به دو شرط زیر است:

۱- حکم مطلق و مقید یکی باشد. مثلاً در این مثال: بیع سبب انتقال مورد معامله است. و در خرید و فروش طلا و نقره وقتی انتقال حاصل می‌شود که قبض و اقباض به عمل آمده باشد. حکم هر دو قضیه انتقالِ مورد معامله از یکی به دیگری است و قضیهٔ دوم با اطلاق قضیهٔ اول منافات و معارضه دارد و باید مطلق حمل بر مقید شود و نتیجه این خواهد شد که: بیع سبب انتقال است بجز در معاملهٔ نقدین که باید قبض و اقباض هم بعمل آید.

۲- علّت حکم آنها هم باید یکی باشد. هرگاه علّت ذکر شود و متعدد باشد تعارضی وجود نخواهد داشت. مثلاً اگر بگویند «نزدیکی با زنی که در عدّه است موجب حرمت دائمی است» و «نکاح زنی که در عده است در صورت علم به حکم و موضوع موجب حرمت دائمی است» در اینجا علّت حکم اول «نزدیکی» و علّت حکم دوّم «نکاح» است و چون علت دوتاست تنافی و تعارضی وجود ندارد. ولی اگر بگوئیم «نکاح زنی که در عده است موجب حرمت دائمی است» و «نکاح زنی که در عده است در صورت علم به حکم و موضوع موجب حرمت دائمی است» در اینجا حکم هر دو قضیه یکی است و ظاهراً تعارض وجود دارد که با حمل مطلق بر مقید و جمع بین آنها تعارض رفع می‌شود. جمله دوّم مقید به علم است ولی جمله اوّل مطلق

است زیرا هم حالت علم را فرا می‌گیرد و هم حالت جهل را.

به چند نکته باید توجّه کرد:

یکی اینکه تعارض بین مطلق و مقید ظاهری است.

دوّم اینکه اصطلاحات «حمل مطلق بر مقید» و «جمع بین مطلق و مقید» به یك معنا هستند و درنتیجهٔ حمل مطلق بر مقید تعارض ظاهری بین آنها برطرف می‌شود. می‌توان گفت «حمل مطلق بر مقید» نظیر تخصیص عام است.

مثال دیگر برای حمل مطلق بر مقید: روایت فُضَیل یك بار اقرار در مطلق حدود و روایت مربوط به ماعزبن مالك چهار بار اقرار در زنا را لازم دانسته است.[1]

مثال دیگر: مادهٔ ۸۳۱ و ۱۲۱۲ ق.م. در قبول وصیت برای صغیر.

مادهٔ ۸۳۱: اگر موصی‌له صغیر یا مجنون باشد رد یا قبول وصیت با ولی خواهد بود.

مادهٔ ۱۲۱۲:... صغیر ممیز می‌تواند تملك بلاعوض کند...

در مادهٔ ۸۳۱ «صغیر» مطلق است ولی در مادهٔ ۱۲۱۲ «صغیر ممیز» به طور مقید به کار رفته است.

نکتهٔ سوم- آنچه دربارهٔ حمل مطلق بر مقید گفته شد مربوط به موردی است که حکم وضعی یا تکلیفی الزامی، یعنی وجوب یا حرمت، باشد. ولی در صورتی که حکم مستحبی باشد مطلق بر مقید حمل نمی‌شود بلکه هر دو به کار گرفته می‌شوند و مقید را تأکیدی برای حکم مطلق می‌گیرند و یا آن دو را از باب «تسامح در ادله سنن» می‌پذیرند. از آنجا که احکام مستحبی در حقوق کاربردی ندارند از تشریح این بحث خودداری می‌شود و علاقه‌مندان را به کتاب‌های اصولی همچون کفایةالاصول و فوائدالاصول رهنمون می‌گردد.

---

۱ - ***مسالک‌الافهام***، شهید ثانی، باب حدود، صفحه ۴۲۵.

بخش دوم

مجمل و مبیَّن (با یاءِ مشدد و مفتوح)

۱۳۵- اصطلاحات

بحث مجمل و مبین در اصول فقه بحثی است مستقل و جدا از بحث مطلق و مقید ولی چون بیشتر مباحث آن مربوط به ادلهٔ شرعی است وکمتر در قوانین موضوعه مورد استفاده قرار می‌گیرد از اختصاص دادن گفتاری بدان خودداری کرده، آن را به اختصار تا بدانجا که برای آشنائی با اصطلاحات آن لازم باشد در پایان گفتار مربوط به اطلاق و تقیید می‌آوریم. این اصطلاحات عبارتند از: نص، ظاهر، محکم، مجمل، مأوّل، متشابه و مبین. اصطلاحات مزبور مربوط به حدود دلالت لفظ بر معناست، به عبارت دیگر شدّت و ضعف دلالت لفظ بر معنا صور گوناگونی دارد که اصطلاحات بالا مبین آن است. و اینك توضیح هر یك به اختصار:

نصّ - کلمه یا کلامی است که معنای آن معلوم باشد و احتمال معنای دیگر نداشته باشد. مانند مادهٔ ۳۰۷ قانون مدنی که می‌گوید: «امور ذیل موجب ضمان قهری است: ۱- غصب و آنچه که در حکم غصب است ۲- اتلاف ۳- تسبیب ۴- استیفا».

ظاهر - کلمه‌ای یا کلامی است که معنای آن معلوم باشد و احتمال معنای دیگر هم داشته باشد ولی آن احتمال ضعیف و مرجوح باشد. مانند مادهٔ ۳۴ قانون مدنی که می‌گوید: «... هرکس مالک مادر شد مالك نتایج آن هم خواهد شد». ظاهر ماده سخن از سرایت حقّ مالکیت است لکن عبارت، احتمال تابعیت در انتقال را هم دارد ولی این احتمال ضعیف و مرجوح است[1].

محکم - نص و ظاهر را محکم گویند و در تعریف آن می‌توان گفت محکم کلمه یا کلامی است که معنای آن معلوم باشد و احتمال معنای دیگر نداشته باشد و یا آن احتمال ضعیف و مرجوح باشد.

مجمل - مجمل یا مبهم کلمه یا کلامی است که معنای آن معلوم نبوده بلکه مردد میان دو

۱- **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، جلد اوّل، صفحهٔ ۴۶.

یا چند احتمال باشد و ندانیم که گوینده کدام یك را خواسته است، مانند مادهٔ ۴۵۳ قانون مدنی: «در خیار مجلس و حیوان و شرط اگر مبیع بعد از تسلیم و در زمان خیار بایع یا متعاملین تلف یا ناقص شود بر عهدهٔ مشتری است و اگر خیار مختص مشتری باشد تلف یا نقص به عهدهٔ بایع است» کلمهٔ (بعهدهٔ) مجمل است زیرا مردد است میان ضمان معاوضی و غیرمعاوضی[۱].

مثال دیگر برای مجمل مادهٔ ۷۷۸ قانون مدنی است که می‌گوید: «اگر شرط شده باشد که مرتهن حق فروش عین مرهونه را ندارد باطل است» زیرا معلوم نیست چه چیز باطل است؟ شرط؟ رهن؟ یا هردو؟

مأوّل - کلمه یا کلامی است که معنای آن معلوم باشد ولی احتمال معنای دیگر را هم داشته باشد و قرینه‌ای هم وجود داشته باشد که آن احتمال اگرچه ضعیف و مرجوح است، همان مراد و مقصود گوینده بوده است. مانند مادهٔ ۲۰۰ قانون مدنی: «اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد» چه، می‌دانیم «عدم نفوذ» در اصطلاح حقوق آن است که عقد متزلزل و قابل تنفیذ باشد، در حالی که اشتباه مربوط به خود موضوع معامله موجب بطلان عقد است و با توجّه به مبانی مورد قبول قانون مدنی باید اصطلاح مزبور را تأویل و تفسیر کنیم و بگوئیم منظور از عدم نفوذ بطلان است[۲].

مثال دیگر برای مأوّل ماده ۸۵۲ ق.م. در وصیت برای جنینِ سقط شده است که ظاهر آن، سقط مرده به دنیا آمده است ولی این ظاهر با قواعد حقوقی ناسازگار است. زیرا شرط تملك زنده به دنیا آمدن است و از این‌رو باید آن را تأویل کرد[۳].

متشابه - مجمل و مأوّل را اصطلاحاً متشابه گویند و در تعریف آن می‌توان گفت متشابه کلمه یا کلامی است که معنای آن روشن نباشد و یامعنای روشن آن مقصود گوینده نباشد.

مبیَّن - از آنچه گفته شد می‌توان فهمید که هر کلمه یا کلامی که مجمل نباشد و یا مجمل بوده و با بیان و توضیح کامل از آن رفع اجمال شده باشد، مبیّن نامیده می‌شود.

۱۳۶ - تکلیف به مجمل

آیا تکلیف به مجمل جائز است؟ گروهی از اصولیین معتقدند که تکلیف به مجمل صحیح نیست. زیرا عقلاً ناپسند است که از کسی چیزی را بخواهند و او را ملزم به انجام و یا ترك

۱- **مرجع پیش**، صفحهٔ ۱۳ و ۵۵۳ به بعد.

۲- **حقوق مدنی**، دکتر کاتوزیان، شماره‌های ۳۷۸ و ۲۸۱.

۳- **وصیت**، دکتر کاتوزیان، ص ۶۱.

کاری کنند، در حالی که دستور و بیان تکلیف روشن و واضح نباشد. برخی دیگر می‌گویند خطاب یا کلام مجمل در صورتی که تا هنگام حاجت، یعنی وقت عمل به آن تکلیف و بکار بستن آن دستور، توضیح کامل در اطراف آن برسد اشکالی ندارد. این دو قول را می‌توان بدین نحو جمع کرد و گفت تکلیف به مجمل صحیح نیست اگر تا هنگام عمل توضیحی نرسد و صحیح است اگر تا آن هنگام با توضیح کامل اجمال آن رفع شود.

۱۳۷- *تأخیر بیان در چه موردی جائز است؟*

مطلب بالا را به نحو دیگری نیز می‌توان طرح کرد و آن این است که تأخیر بیان از وقت خطاب جایز است ولی تأخیر بیان از وقت حاجت جائز نیست و هر بیان و توضیحی که بعد از وقت حاجت برسد و مغایر با توضیح پیشین باشد، ناسخ دستور پیش است. در این باره در بحث حکم دوران امر بین تخصیص و نسخ هم صحبت کردیم (شمارهٔ ۱۲۳) و بنابراین هرگاه در قرآن و سنّت مجملی دیدیم باید در صدد یافتن بیان آن برآئیم.

۱۳۸- *اجمال در قوانین موضوعه و راه‌حلّ آن*

مادهٔ سوم قانون آئین دادرسی مدنی پیشین و مواد جایگزین آن امکان اجمال در قوانین را پیش‌بینی کرده و به علاوه از مطالعهٔ متون قانونی به این نتیجه می‌رسیم که در قانون، مجمل هم وجود دارد. چنانچه عنوان فصل سوّم قانون مدنی چنین است: «فصل سوّم در شرایط و جمله‌ای از موانع ارث». از این تعبیر فهمیده می‌شود که تمام موانع ارث بیان نشده.

در مورد اجمال قانون طبق مادهٔ سوم قانون آئین دادرسی مدنی به قاضی اختیار داده شده، بلکه او مکلّف گردیده، به نحوی که مقرر است شخصاً با تفسیر قضائی راه حلّ مسأله را پیدا کند.

مثال مناسبی برای مجمل و مبین در حقوق، ماده ۸۶۶ قانون مدنی و ماده ۳۳۵ قانون امور حسبی است، بدین عبارت: «در صورت نبودن وارث، امر ترکهٔ متوفا راجع به حاکم است» (ماده ۸۶۶ قانون مدنی) این ماده مجمل است زیرا مصرف ترکه در این فرض معلوم نیست.

(ماده ۳۳۵ قانون امور حسبی) : «اگر از تاریخ تحریر ترکه تا ده سال، وارث متوفا معلوم شود، ترکه به او داده می‌شود و پس از گذشتن مدّتِ نامبرده باقیماندهٔ ترکه به خزانهٔ دولت تسلیم

می‌شود...» این ماده مبین اجمال ماده پیش است.

مثال دیگر کلمهٔ حاکم در ماده ۸۳۳ ق. م. است که مجمل است و شارحان قانون مدنی آن را به معنای قاضی دادگاه شهرستان گرفته‌اند.(۱)

مادهٔ ۸۳۳ ق.م: «ورثه موصی نمی‌توانند در موصی به تصرف کنند مادام که موصی‌له ردّ یا قبول خود را به آنها اعلام نکرده است. اگر این تأخیر موجب تضرر ورثه باشد، حاکم موصی‌له را مجبور می‌کند که تصمیم خود را معین نماید».

---

۱ - **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، ج ۳، ص ۷۵.

گفتار هفتم - ادلّهٔ استنباط احکام

۱۳۹ - تعداد ادلهٔ استنباط احکام

تعبیر علمای اصول فقه در تعداد ادله مختلف است: اکثر اصولیین[۱] آن را چهارتا دانسته‌اند: قرآن، سنت، اجماع و عقل. یا قرآن، سنت، اجماع و قیاس، بنابر اختلاف مسلك بین شیعه و سنی در حجیّت قیاس. برخی[۲] تعداد ادله را سه تا گفته‌اند: قرآن، سنت و اجماع، اینان قیاس را نحوهٔ به کار بردن ادله و استنباط از آنها، نه دلیل جداگانه‌ای در عرض آنها، دانسته‌اند. و سرانجام پاره‌ای استصحاب، استصلاح، استحسان، عرف، شرایع گذشته و جز اینها را نیز در شمار ادله آورده‌اند. در اینجا به ترتیب از قرآن، سنت، اجماع، قیاس و دلیل عقل گفتگو می‌کنیم، استصحاب را در گفتار مربوط به اصول عملیه خواهیم آورد و از بقیهٔ آنچه به نام دلیل نامیده شده در پایان این گفتار به اختصار یاد خواهد شد.

دلیل اوّل - قرآن

۱۴۰ - مهم‌ترین دلیل از نظر اصولی

قرآن، که در اصول فقه از آن بیشتر به «کتاب» تعبیر می‌شود، مهم‌ترین دلیل اثبات احکام است. اهمیّت آن ناشی از این است که اساس دین اسلام و کلام خداست و همه چیز دین اسلام حتّیٰ پیغمبری پیغمبر متکی به آن است. اعجاز قرآن مثبت آن است که آیات آن کلام خداست و در نتیجه محمّدبن عبداللّه (ص) حامل آن پیغام از طرف خدا (پیغمبر خدا) است. این قرآن است که تصریح می‌کند که آنچه محمّد می‌گوید کلام و وحی الهی است: «***وَ مایَنْطِقُ عَنِ الْهَویٰ، اِنْ هُوَ اِلاّ وَحْیٌ یُوحیٰ***[۳]» یعنی: او از روی هوس سخن نمی‌گوید. آنچه می‌گوید سروش عامل غیب است. قرآن مثبت حجیّت ادله دیگر حتّیٰ گفتهٔ پیغمبر است زیرا این قرآن است که می‌گوید: «***وَ ما آتاکُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَ ما نَهاکُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا***[۴]» یعنی: آنچه فرستادهٔ خدا بدهد (یا بگوید) فراگیرید

۱- **موافقات شاطبی**، جلد سوّم، صفحهٔ پنجم.
۲- **مستصفی**، غزالی، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۰۰.
۳- سورهٔ نجم، آیات ۲ و ۳.
۴- سورهٔ حشر، آیهٔ ۷.

و آنچه را نهی کند، بپذیرید. و «اَطیعُوااللّهَ وَالرَّسُولَ[۱]». سنّت پیغمبر به مقدار زیادی توضیح و بیان آیات قرآنی است. طور خلاصه اهمیّت قرآن از نظر اصولی و از حیث دلیل بودن برای استنباط احکام بدیهی است و محتاج توضیح بیشتر نیست.

۱۴۱-قرآن و چگونگی نزول آن

تواریخ اسلامی و عقیدهٔ مسلمانان بر این است که آیات قرآن از طرف خدا بر محمّدبن عبداللّه (ص) به صورت وحی و توسط فرشتهٔ مقرّب درگاه حق «جبرئیل» نازل شده است. قرآن دارای سی جزو، یکصد و چهارده سوره و ۶۱۷۰ تا ۶۲۳۶ آیه است.

اوّلین سوره‌ای که نازل شده بنابر عقیدهٔ مشهور مورخان اسلامی سورهٔ علق است که چنین شروع می‌شود: *بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحیم. اِقْرَءْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذی خَلَقَ. خَلَقَ الْاِنْسانَ مِنْ عَلَقٍ. اِقْرَءْ وَ رَبُّكَ الاَکْرَمُ. اَلَّذی عَلَّمَ بِالْقَلَمِ. عَلَّمَ الْاِنْسانَ مالَمْ یَعْلَمْ*». یعنی: به نام خداوند بخشنده مهربان. بخوان به نام پروردگارت که تو را آفرید. او که انسان را از خونی بسته آفرید. بخوان و پروردگارت بزرگتر است. اوست که نوشتن را آموزش داد و به انسان یاد داد چیزهائی را که نمی‌دانست.

و آخرین آیه‌ای که نازل شده این است: «*اَلْیَوْمَ اَکْمَلْتُ لَکُمْ دینَکُمْ وَ اَتْمَمْتُ عَلَیْکُمْ نِعْمَتی وَ رَضیتُ لَکُمُ الْاِسْلامَ دیناً*[۲]». یعنی: امروز دین شما را برای شما کامل کردم، نعمتم را بر شما تمام کردم و از اینکه اسلام دین شماست خشنودم. بعد از آن آیه‌ای در مورد بیان احکام نرسیده اگرچه به قولی سورهٔ نصر و به قولی آیاتی دیگر آخرین چیزی بود که بر پیغمبر نازل شده است، لکن اینها مبین حکمی نیستند.

نزول قرآن تدریجی بوده و این مطلب هم از بررسی تاریخ معلوم و هم از آیات قرآن مستفاد می‌شود. مشرکان ایراد می‌گرفتند که چرا قرآن یکباره نازل نشده. این ایراد و جواب آن در سورهٔ فرقان چنین آمده است: *وَ قالَ الَّذینَ کَفَرُوا لَوْلانُزِّلَ عَلَیْهِ الْقُرآنُ جُمْلَةً واحِدَةً، کَذٰلِكَ، لِنُثَبِّتَ بِهِ فُؤادَكَ وَ رَتَّلْناهُ تَرْتیلاً*[۳]. یعنی: کافران گفتند چرا قرآن یکباره بر او فرود نیامده! چنین است، آن را به تدریج فرو فرستادیم تا بهتر در دلت جای گیرد.

محمد (ص) بی‌سواد بود[۴]، خواندن و نوشتن نمی‌دانست و آنچه بر او وحی می‌شد به

۱- سورهٔ آل عمران، آیهٔ ۳۲.
۲- سورهٔ مائده، آیهٔ ۳.
۳- سورهٔ فرقان، آیهٔ ۳۲.
۴- سورهٔ عنکبوت، آیهٔ ۴۸ بر این مطلب دلیلی انکارناپذیر است: «*وَ ماکُنْتَ تَتْلُوا مِنْ قَبْلِهِ مِنْ کِتابٍ وَ لاتَخُطُّه*

ادامه پاورقی در صفحه بعد

حافظه می‌سپرد و بر اطرافیان می‌خواند. برخی از آنها که سواد خواندن و نوشتن می‌دانستند آن را می‌نوشتند و تدریجی بودن نزول قرآن این کار را آسان می‌کرد و آیهٔ بالا اشاره به این مطلب است.

به نوشتهٔ بعضی از مورخان تاریخ آغاز وحی جمعهٔ ۱۷ رمضان به سن چهل و یك سالگی پیغمبر (ص) تا نهم ذی‌الحجه سال دهم هجری به سن ۶۳ سالگی به مدّت ۲۲ سال و دو ماه و ۲۲ روز بود که از این مدّت ۱۲ سال و پنج ماه و ۱۳ روز در مکّه و ۹ سال و نه ماه و ۹ روز در مدینه بوده است. نوزده سی‌ام قرآن در مکّه و یازده سی‌ام آن در مدینه نازل شده است، یعنی تقریباً دو سوّم قرآن در مکّه و یك سوم آن در مدینه نازل شده است.

۱۴۲-اسباب نزول وحی

مفسران قرآن برای بیشتر آیه‌های قرآن علل و مناسبت‌هائی که باعث نزول آن شده، بیان کرده‌اند و آن را «اسباب نزول» نامیده‌اند و برخی آنها را جمع‌آوری کرده و در این باره تألیفی نموده‌اند. دانستن اسباب نزول وحی، بررسی تاریخی علل نزول آیات قرآن و حوادثی است که قرآن دربارهٔ آنها نازل شده و بدون شك به فهم و درك آن کمك می‌کند.

این علل و اسباب متعدد است، از جمله سؤالاتی است که از پیغمبر می‌شد و حوادثی است که در جامعهٔ اسلامی روی می‌داده و قرآن حکم آنها را بیان می‌کرده. مثلاً دربارهٔ شراب و قمار از پیغمبر پرسیده‌اند و پاسخ شنیده‌اند. این پرسش و پاسخ چنین است:

«یَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَیْسِرِ قُلْ فیهِما اِثْمٌ کَبیرٌ وَ مَنافِعُ لِلنّاسِ وَ اِثْمُهُما اَکْبَرُ مِنْ نَفْعِهِما[۱]».

یعنی: از تو درباره می‌گُساری و قماربازی می‌پرسند، بگو در این دو کار گناه بزرگ و سودهائی برای مردم هست ولی گناه آنها از سودشان بزرگتر و بیشتر است.

و نیز در مورد یك رسم معمول میان عرب که چهارماه از سال را نمی‌جنگیده‌اند و جنگ را در این ماه‌ها تحریم کرده بودند از پیغمبر سؤال شده و آن رسم پسندیده مورد تأیید قرآن قرار گرفته است بدین بیان:

ادامه پاورقی از صفحه قبل

بِیَمینِكَ اِذاً لَاَرْتابَ الْمُبْطِلُونَ». یعنی: تو پیش از نزول قرآن نه خواندن می‌دانستی و نه نوشتن تا منکران قرآن نتوانند بگویند قرآن از کتب دیگر گرفته شده است. وآیهٔ دوم از سورهٔ جمعه نیز گویای این مطلب است: ***«هُوَالَّذی بَعَثَ فِی‌الْاُمیینَ رَسُولاً مِنْهُمْ»***. یعنی: او خدایی است که از میان بی‌سوادان پیامبری برگزید. **قوانین‌الاصول**، میرزای قمی، چاپ عبدالرحیم، ص ۳۹۳.

۱- آیه ۲۱۹ از سورهٔ بقره.

«*یَسْأَلُونَکَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرامِ قِتالٍ فیهِ قُلْ قِتالٌ فیهِ کَبیرٌ وَ صَدٌّ عَنْ سَبیلِ اللهِ وَ کُفْرٌ بِه وَالْمَسْجِدِ الْحَرامِ*[۱]». یعنی: از تو دربارهٔ جنگ در ماه‌های حرام می‌پرسند، بگو جنگ در این ماه‌ها گناهی بزرگ و بستن راه خانه خدا کفر است.

از رویدادهائی که در جامعهٔ اسلامی رخ داده و قرآن در آن باره نازل گردیده می‌توان این واقعه را ذکر کرد: پیغمبر مسلمانی را از مدینه به مکّه می‌فرستد که وسیلهٔ مهاجرت مسلمانانی را که در آن شهر مانده بودند و توان عزیمت نداشتند فراهم نماید. او که مرثد غنوی نامیده شده، در مکّه دل در گرو عشق زنی زیبا و توانگر ولی غیرمسلمان می‌نهد و اگرچه با نیروی ایمان و تقویٰ در برابر افسون او خودداری می‌کند ولی دربارهٔ پیشنهاد ازدواج که از طرف آن زن عنوان می‌شود منعی نمی‌بیند. با اینهمه، قضیه را موکول می‌کند به نظر و تصویب رسول خدا (ص). در بازگشت به مدینه شرح حال خود را به عرض پیغمبر خدا (ص) می‌رساند و از او اجازه می‌خواهد و این آیه نازل می‌شود:

«*وَ لاتَنْکِحُوا الْمُشْرِکاتِ حَتیٰ یُؤْمِنَّ وَ لَأَمَةٌ مُؤمِنَةٌ خَیْرٌ مِنْ مُشْرِکَةٍ وَ لَوْ اَعْجَبَتْکُمْ وَ لاتُنْکِحُوا الْمُشْرِکینَ حَتّیٰ یُؤْمِنُوا وَ لَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَیْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَ لَوْ اَعْجَبَکُمْ*[۲]». یعنی: زنان مشرك را نکاح نکنید تا وقتی که ایمان آورند کنیزی مؤمن از زنی آزاد ولی مشرك بهتر است هر چند آن زن مشرك شما را شیفته کند. و با مردان مشرك ازدواج نکنید تا هنگامی که ایمان آورند و برده‌ای مؤمن از مرد آزاد مشرك بهتر است هر چند شما را به شگفتی آورد.

۱۴۳ - سوره‌های مکی و مدنی

از نظر زمانی - نه مکانی - نزول آیات قرآنی را به دو دسته تقسیم کرده‌اند: دستهٔ اوّل آیاتی که پیش از هجرت پیغمبر از مکّه به مدینه نازل گردیده. دستهٔ دوّم آیاتی که پس از هجرت نازل گردیده، دستهٔ اوّل را آیات و سوره‌های مکی و دستهٔ دوّم را مدنی گویند.

توضیح آنکه محمّدبن عبداللّه (ص) در شهر مکّه که مهمترین شهر عربستان آن روز بوده متولّد شده و در همان شهر پرورش یافته و می‌زیسته و هم در این شهر بود که به پیغمبری برانگیخته شد. سه سال اوّل بعثت مأموریتی برای تبلیغ دین خود به مردم نداشته و تنها خانوادهٔ او و کسان بسیار نزدیکش به او گرویده‌اند. در سال سوّم بعثت به دستور: «*وَ اَنْذِرْ*

---

۱ و ۲- آیه‌های ۲۱۷ و ۲۲۱ سورهٔ بقره.

عَشیرَتَکَ الْأَقْرَبینَ...[1]». مأموریت می‌یابد که اقوام و خویشان خود را به اسلام فراخواند پس از آن عده‌ای انگشت‌شمار به او ایمان می‌آورند ولی محمّد دعوت خود را علنی نمی‌کند و پیروان او نیز این مطلب را از مردم پنهان کرده و اسلام خود را اظهار نمی‌کنند. وقتی پیغمبر به دعوت عام مأمور می‌شود مردم دعوت او را رد می‌کنند و حتّیٰ مانع می‌شوند که هرکس مایل بوده به او بگرود. اکثریت مردم مکّه به آزار و اذیّت اقلیت معدودی که به دین اسلام روی آورده بودند می‌پردازند به طوری که ادامهٔ زندگی را بر آنها در مکّه دشوار ساخته و آنها ناچار از مکّه فرار می‌کنند و به دستور پیغمبر به کشور حبشه می‌روند. چون شنیده بودند که در آنجا ملکی عیسوی حکومت می‌کند که نیکوکار و دادگر است.

زندگی پیغمبر هم در مکّه مشکل می‌شود و ناچار سه سال خارج از شهر مکّه در درهٔ کوهی میان خویشان خود و در پناه آنها بسر می‌برد. ولی چون از طرف قریش و ساکنان مکّه هرگونه معامله و رابطه‌ای با حامیان محمّد و خویشان او تحریم می‌شود و ادامهٔ زندگی در کوه و درّه را نیز برای آنها مشکل می‌کنند، طایفهٔ بنی‌هاشم، خویشان محمّد، ناگزیر به شهر برمی‌گردند. این بار قریش مکّه تصمیم به مبارزهٔ قطعی با محمّد و طایفهٔ او می‌گیرند و این کار را با محاصرهٔ خانهٔ او به قصد کشتن حضرتش شروع می‌کنند. محمّد شبانه از مکّه خارج می‌شود و با این کار، خود و طایفهٔ بنی‌هاشم را از خطری بزرگ نجات می‌دهد. این زندگی آمیخته با ترس و وحشت مدّت تقریباً دوازده سال و نیم طول می‌کشد. سپس محمّد به شهر دیگر عربستان که «یثرب» نامیده می‌شد مهاجرت می‌کند و مورد استقبال عموم مردم آن شهر قرار می‌گیرد و حتّیٰ نام شهر را تغییر داده به نام او «مدینةالرسول» می‌نامند که بعداً به طور اختصار به مدینه مشهور می‌شود.

آن قسمت از قرآن راکه در سالهای وحشت و اضطراب در مکّه بر محمّد (ص) نازل شده سوره‌های مکّی و بقیه را سوره‌های مدنی می‌خوانند. سوره‌های مدنی اعم است از آنچه که در شهر مدینه‌نازل شده یا در خارج از شهر مدینه در جنگها، مسافرت‌ها و یا حتّیٰ در مکّه به هنگام فتح آن یا در مواقع زیارت حج. از این‌رو این تقسیم را تقسیم از نظر زمانی نامیدیم نه از نظر مکانی.

۱۴۴- تفاوت سوره‌های مکّی و مدنی

بین آن قسمت از قرآن که پیش از هجرت نازل شده و بعد از آن، دو جور تفاوت دیده

۱- آیهٔ ۲۱۴ از سورهٔ شعراء.

می‌شود یکی برحسب ظاهر و دیگری برحسب محتوا و مضمون:

بر حسب ظاهر میان سوره‌های مکّی و مدنی دو فرق است: یکی اینکه بیشتر سوره‌ها و آیه هائی که در مکّه نازل شده کوتاهند و سوره‌ها و آیه‌های مدنی نسبتاً طولانی، مثلاً یك جزو مکّی (جزو سی‌ام) ۵۷۰ آیه است در حالی که یك جزو مدنی (جزو بیست و هفتم) ۳۹۹ آیه است[۱]. دیگر آنکه خطاب‌های عمومی که در آیات مدنی آمده چون ناظر به مسلمانان بوده است، بیشتر با *«یا اَیُّهَاالَّذینَ آمَنُوا»* شروع می‌شود ولی آیات مکّی چون در آنجا تعداد زیادی اسلام نیاورده بودند با خطاب *«یااَیُّهَاالنّاسُ»* آغاز می‌گردد.

فرق مهمّ آیات مکّی و مدنی، از حیث محتوا و مضمون است. بدین توضیح که در مکّه دعوت پیغمبر جنبهٔ کلّی داشته و مردم را به شناختن خدا، توحید، معاد و مکارم اخلاق دعوت و از شرك و بت‌پرستی و فساد اخلاق و کارهای ناپسند بر حذر می‌داشته ولی چون کمتر کسی به گفته‌های او گوش می‌داده، مجالی برای بیان احکام پیدا نشده. احکام ناظر به اعمال و رفتار مردم است و این فرع بر آن است که به گفته و دستور دیگری عمل کنند. حتّیٰ بر تعداد اندکی که در مکّه به پیغمبر گرویده بودند تکالیف عملی چندانی واجب نبوده. البته نماز می‌خوانده‌اند ولی در اوائل بر آنها واجب نبوده و نماز در سال نهم بعثت واجب شده[۲]. آنچه بر آنها واجب بوده ایمان به خدای یکتا، به نبوّت محمّد و به معاد بوده است. البته به دستورات اخلاقی اسلام رفتار می‌کرده‌اند و سخنرانی جعفربن‌ابی‌طالب، در مجلس نجاشی پادشاه حبشه در پاسخ عمروبن عاص که سفیر قریش و مأمور استرداد پناهندگان مسلمان بوده، بهترین مبین آن دستورات اخلاقی است.

آیات مدنی ناظر به مردمی بوده که اسلام آورده، مؤمن به محمّد و گفته‌های او شده بودند و در کاهای روزانه و امور زندگی‌شان از آن حضرت راهنمائی و دستور می‌خواستند. از این‌رو آیات مدنی شامل بیان احکام مذهبی است. این آیات که در مدّت تقریباً ده سال نازل شده دستوراتی دربارهٔ عبادات، معاملات، جزائیات و احکام دیگر اسلامی را شامل است. به طوری که می‌توان گفت یك ششم قرآن که مربوط به احکام است از این آیات تشکیل شده، البته نمی‌توان گفت تمام آیات مدنی شامل احکام است. زیرا در این آیات نیز دعوت به خداشناسی، یکتاپرستی، وعده و وعید به بهشت و دوزخ، توصیف زندگی در دنیای دیگر، مکارم اخلاقی و

۱- ***تاریخ التشریع اسلامی***، تألیف محمّد خضری بیك، صفحهٔ ۴.

۲- ***ادوار فقه***، مرحوم استاد شهابی، جلد اوّل، صفحهٔ ۶۲، به نقل از مناقب ابن شهر آشوب.

تحذیر از رفتار و کردار ناپسند و ناشایست و ذمائم اخلاقی و سرانجام بیان حکایات و سرگذشت‌ها کم نیست.

از نظر اصولی می‌توان گفت فرق آیات مکّی و مدنی از حیث محتوا این است که آیات مکّی که دربارهٔ احکام وارد شده کلّی و مجمل است و آیات مدنی شرح و تفسیر یا تقیید و تخصیص و گاهی نسخ آنهاست.

۱۴۵-کاتبان وحی یا دبیران پیغمبر (ص)

چنانکه اشاره شد (شمارهٔ ۱۴۱) پیغمبر (ص) سواد نداشت و خواندن و نوشتن نمی‌دانست. آنچه را به او وحی می‌شد به حافظه می‌سپرد و سپس بر دبیران خود می‌خواند و آنان آن را بر پارهٔ استخوان یا پوست حیوان یا چوب نخل و یا لوحهٔ سنگی می‌نوشتند و به او می‌دادند. این نسخهٔ قرآن نزد پیغمبر می‌ماند و هر وقت کسی می‌خواست از آن نسخه‌ای تهیّه می‌کرد. به طور کلی سواد خواندن و نوشتن در دنیای آن روز عربستان بسیار کمیاب بود و تنها برخی از اشراف و بزرگان خواندن و نوشتن می‌دانستند. نویسندگان وحی و دبیران پیامبر اسلام عبارت بودند از: خلفای راشدین (ابوبکر، عمر، عثمان و علی)، اُبَیّ‌بن کعب، زیدبن ثابت، معاویه و یزید، پسران ابوسفیان، مغیرة‌بن شعبه، زبیربن عوام و خالدبن ولید، جز اینها نام کسانی دیگر نیز به عنوان کاتب وحی یا دبیر پیغمبر (ص) برده شده.

از میان اینان برخی مانند خلفای راشدین در مکه مسلمان شده‌اند و بعضی مانند ابیّ‌بن کعب و پسران ابوسفیان در مدینه اظهار اسلام کرده‌اند. این دسته فقط کاتب سوره‌های مدنی بوده‌اند.

در میان دسته اوّل نیز برخی زودتر از دیگران به اسلام گرویده‌اند و بعضی دیرتر و در نتیجه آنها که زودتر به اسلام درآمده‌اند از دبیران با سابقه‌تر بوده‌اند. از این عده پیشتر از همه علی و ابوبکر قبول اسلام کرده‌اند. علی به هنگام بعثت نوجوانی بود که در خانهٔ محمّد و با او زندگی می‌کرد و در دامن تربیت او رشد می‌یافت. ابوبکر از دوستان صمیمی محمّد بوده، اولین فردی است که بعد از خانوادهٔ محمّد اسلام را پذیرفته است. ابوبکر به مناسبت موقعیت شخصی خود و اشتغال به کار بازرگانی نمی‌توانسته تمام وقت همراه پیغمبر باشد. تنها علی به واسطهٔ اینکه عضو خانوادهٔ محمّد بود غالباً همراه با او بوده، بیشتر و بهتر و کاملتر از هر کس در نوشتن قرآن همراهی کرده و گاه و بیگاه در دسترس پیامبر خدا و آمادهٔ نوشتن وحی بوده است. تا آنجاکه تاریخ نشان می‌دهد علی (علیه‌السّلام) یك بار برای آشنا ساختن مردم یمن با تعلیمات

اسلامی پیامبر خدا (ص) به آنجا می‌رود. زمانی نیز از طرف او (ص)، که در رأس ارتش اسلام به جهاد می‌رفت، در مدینه مانده است و به هنگام مهاجرت به مدینه هم چند روزی دیرتر از پیغمبر به مدینه مهاجرت فرموده. جز این سه زمان علی و محمّد همیشه باهم بوده‌اند و در نتیجه علی بیش از همه در نوشتن قرآن سهیم و از فراگیری آن بهره‌مند بوده است.

۱۴۶- جمع‌آوری قرآن

اگرچه به هنگام نزول قرآن دبیران وحی آن را می‌نوشتند، لکن در زمان حیات پیامبر اسلام و حتّیٰ تا چند سال پس از آن قرآن نوشته و در دست مردم مسلمان نبوده. بیشتر مسلمانان بی‌سواد بوده‌اند و به‌گاهِ ضرورت یا تمایل به دانستن قرآن به مسجد پیغمبر می‌رفتند و محمّد بر آنها قرآن می‌خواند و آنها می‌شنیدند. برخی که دارای حافظه قوی بودند قسمت‌هائی از قرآن را حفظ می‌کردند و حتّیٰ افرادی پیدا شدند که تمام قرآن را از بر داشتند که مشهورتر از همه: عبداللّه‌بن مسعود، سالم‌بن معقل، معاذبن جبل، ابَیّ‌بن کعب، زیدبن ثابت، ابوزید و ابوالدرداء می‌باشند. آنها که با سواد بودند قسمت‌هائی از قرآن را نوشته همراه خود داشتند[1] ولی قرآن به صورت کامل و نوشته در دست مسلمانان نبود.

پس از وفات محمّد (ص) شورش‌های متعددی برپا شد که خلیفهٔ اوّل ناچار به جنگ شد. در این جنگها و بخصوص در جنگ یمامه تعداد بسیاری از حافظان و قاریان قرآن کشته شدند. این امر یاران پیامبر (ص) را نگران ساخت که مبادا با کشته شدن حافظان قرآن در این شورش‌ها و جنگهای آینده، قرآن دستخوش کم و زیاد و اختلاف گردد. از آن میان عمربن خطّاب به ابوبکر، که در آن وقت خلیفه و جانشین پیغمبر خدا بود، پیشنهاد کرد که قرآن جمع‌آوری و نوشته شود و به صورت کتابی تدوین گردد.

ابوبکر ابتدا با این پیشنهاد مخالفت می‌کرد، چه نمی‌خواست کاری کند که رسول خدا نکرده و به آن دستور نداده بود. ولی سرانجام براثر اصرار و استدلال عمر و صلاحدید بزرگان اصحاب پیامبر قانع می‌شود که این کار «بدعت بد» در دین نیست و کار خیری نیک و سودمند است و به زیدبن ثابت که یکی از نویسندگان وحی بوده و تمام قرآن را از بر داشته مأموریت می‌دهد که قرآن را تدوین کند و از مسلمانان نیز می‌خواهد که هر کس آیه یا سوره‌ای نوشته از

۱- در تاریخِ اسلام آوردنِ عمر می‌خوانیم که او قسمتی از قرآن را در منزل خواهرش یافت و خواند و پسندید و برای اسلام آوردن نزد رسول خدا رفت. کتاب **حیات محمّد**، تألیف محمد حسین هیکل، چاپ دوّم، صفحهٔ ۱۵۶.

قرآن دارد به زید تحویل دهد.

زید نوشته‌های متفرق و پراکندهٔ قرآن را که بر پوست، پارهٔ استخوان، سنگ، چوب خرما و غیره نوشته شده بود جمع و باهم تطبیق کرده و سپس در مسجد بر مسلمانان خوانده و تمام آیات و کلمات قرآن را با «تواتر قطعی» جمع‌آوری نموده و بر کاغذ یا چرم نوشته و به خلیفه ابوبکر، داده است. پس از ابوبکر به عمر رسیده و هنگامی که عمر در بستر مرگ بود چون هنوز جانشین او معلوم نبود قرآن را به دخترش حفصه، بیوهٔ پیغمبر، می‌سپارد که پس از تعیین خلیفه به او بدهد.

۱۴۶/۱ - عقیدهٔ شیعه در این مسئله

آنچه گفته شد مشهور بین مورخان است ولی در تفسیر نمونه[۱] آمده است که: مدارك و شواهدی در دست است که قرآن در زمان پیغمبر (ص) و به فرمان او، وسیلهٔ علی (ع) و به همین صورت گرد آمده است. بعید نیست روایات دیگری که می‌گوید: قرآن در زمان ابوبکر، یا عمر، یا عثمان جمع‌آوری شده، به خاطر فضیلت‌سازی برای آنها بوده است. و در ادامهٔ مطلب چنین آمده است که: «امّا قرآنی که علی (ع) جمع‌آوری کرد تنها قرآن نبود، بلکه مجموعه‌ای از قرآن و تفسیر و شأن نزول آن بود».

به نظر می‌رسد، با توجّه به آنچه در میان شیعه مشهور است که قرآن علی (ع) در نزد اهل بیت (ع) دست به دست گشته و به دست عامه مردم نرسیده، آنچه را قبلاً در مورد جمع‌آوری قرآن گفته شد نیز بتوان قبول کرد و بدین طریق بین روایات مختلف جمع نمود.

۱۴۷ - مصحف عثمان

به طوری که توضیح داده شد، فضل و افتخار جمع‌آوری و تدوین قرآن از آن زیدبن ثابت، ابوبکر و عمر است. ولی می‌شنویم که می‌گویند «مصحف عثمان، قرآن عثمان» و یا اینکه «عثمان قرآن را جمع‌آوری کرده است». این مطلب به جای خود درست است و منافات با آنچه گفته شد، ندارد.

۱- **تفسیر نمونه**، جلد اوّل، چاپ دوّم، صفحهٔ ۴ و ۵. این تفسیر به زبان فارسی در حوزهٔ علمیّهٔ قم تهیّه شده و برای دانشجویان قابل استفاده است.

توضیح آنکه در زمان پیغمبر، ابوبکر و عمر کلماتی از قرآن به قرائت‌های متفاوتی خوانده می‌شد ولی مسلمانان آن زمان همه عرب بودند. اختلاف قرائت به منزلهٔ اختلاف لهجه تلقی می‌گردیده و در معنای جملات تغییری نمی‌داد. در زمان عمر که اسلام از جزیرةالعرب خارج می‌شود و بخصوص در زمان خلافت عثمان که اسلام در میان مردم غیرعرب گسترش پیدا می‌کند، اختلاف قرائت قرآن زیادتر می‌شود و حتّیٰ موجب مشاجره و مناقشه بین تازه مسلمانان می‌گردد که هر کس قرائت خود را درست و جز آن را غلط می‌شمارد.

حذیفةبن یمان یکی از اصحاب پیغمبر که در لشگر اعزامی به آذربایجان بوده روزی شاهد صحنه‌ای از این مشاجرات بوده و برای اینکه مبادا این مسأله موجبی برای اختلاف در قرآن و بین مسلمانان شود، وقتی که به مدینه برمی‌گردد آنچه را دیده به عثمان، خلیفهٔ وقت، گزارش می‌دهد. عثمان مسأله را بر مسلمانان عرضه می‌کند و سرانجام تصمیم می‌گیرند که همهٔ نسخه‌های قرآن جمع‌آوری شود و از روی نسخهٔ موجود نزد حفصه، که وصف آن گذشت، نسخی دیگر نوشته و بین مسلمانان توزیع گردد. عثمان این متن را از حفصه گرفت و دستور داد که جز آن متون دیگر را از بین ببرند تا اختلافی در قرآن پدید نیاید[۱] و از آن نسخه هائی با نقطه‌گذاری و قرائت معیّن تهیه کرده به شهرهای مهمّ اسلامی فرستاده است و از اینجا قرآن به «مصحف عثمان» مشهور و کار جمع‌آوری قرآن به او نسبت داده شده است.

۱۴۷/۱ - *اعراب قرآن*

قرآن بی‌اعراب بود و اوّلین قرآن با اعراب وسیلهٔ ابوالأسود دُئِلی در زمان خلافت معاویه تهیه شد[۲].

۱۴۸ - *ترتیب آیات و سوره‌های قرآن*

آیا ترتیبی که اکنون در قرآن به چشم می‌خورد همان ترتیبی است که در زمان پیغمبر (ص) رعایت می‌شده و آیا اصولاً قرآن ترتیب خاصّی داشته است؟ این سؤال را باید در دو قسمت مطرح کرد: یکی ترتیب سوره‌ها و دیگر ترتیب آیات.

ترتیب آیات - به طوری که مورخان نوشته‌اند ترتیب آیات از طرف خداوند تعیین شده و

۱- به کتاب ***الصدیق ابوبکر***، تألیف محمدحسین هیکل، فصل شانزدهم، صفحهٔ ۳۰۵ به بعد مراجعه شود.

۲- به نقل محقق قمی، از جلال الدین سیوطی، ***قوانین***، جلد اوّل، چاپ عبدالرحیم، صفحه ۴۰۵.

رسول اکرم (ص) به هنگام خواندن آیات بر مسلمان ترتیبی را که به‌وسیلهٔ فرشتهٔ مقرب به او تعلیم داده بود رعایت فرموده است. چنانکه روایتی است از پیغمبر (ص) که فرموده جبرئیل گفت آیهٔ *«وَاتَّقوا يَوْماً تُرْجَعُونَ فيهِ اِلَى اللّه...»* را آیهٔ دویست و هشتادم از سورهٔ بقره قرار بده[۱] و نیز روایات زیادی است مشعر بر اینکه پیغمبر سورهٔ بقره یا آل عمران یا غیر آن را تماماً در یك نماز خوانده است و این حاکی از آن است که در زمان پیغمبر آیات مرتب بوده و از جمع آنها سوره‌ای تشکیل می‌شده. روایات دیگری که حاکی است از اینکه برخی از مسلمانان تمام و برخی بیشتر قرآن را از حفظ داشته‌اند نیز ضمناً تأیید این مطلب است که ترتیب آیات و جای هر یك معلوم بوده است. و نیز روایاتی داریم به مضمون اینکه پیغمبر سالی یك بار قرآن را بر جبرئیل باز می‌خواند و سال آخر زندگی خود این کار را دو بار انجام داده است. و سرانجام روایاتی دلالت دارد بر اینکه برخی از صحابهٔ پیغمبر قرآن را از حفظ در حضور او می‌خواندند تا اگر اشتباهی داشته باشند تصحیح فرمایند. همهٔ اینها این نکته را ثابت می‌کند که ترتیب کنونی آیات قرآن به همان ترتیب زمان پیغمبر است.

با همهٔ اینها در اینجا اشکالی به نظر می‌رسد: و آن این است که به طوری که در «نمونه‌هائی از نَسْخ قرآن» خواهد آمد، آیهٔ ۲۳۴ سورهٔ بقره ناسخ آیهٔ ۲۴۰ آن دانسته شده و می‌دانیم که ناسخ باید بعد از منسوخ بیاید! برخی از مفسران با توجه به این اشکال گفته‌اند ترتیب آیات بر حسب دستور پیامبر اکرم (ص) بوده نه بر حسب نزول آنها[۲].

ترتیب سوره‌ها – ترتیبی که در وضع فعلی تدوین قرآن دیده می‌شود ترتیبی نیست که در هنگام نزول داشته است. مثلاً معلوم نیست که سورهٔ فاتحه اولین سوره، یا مُعَوَّذَتَين (سوره‌های فلق و ناس) آخرین سوره بوده‌اند که نازل شده‌اند بلکه به طوری که مشهور است اوّلین سوره، سورهٔ علق و آخرین سوره سورهٔ نصر بوده. و همین‌طور ترتیب سوره‌های دیگر. زیدبن ثابت نیز به وقت جمع‌آوری قرآن ترتیبی برای سوره‌ها تعیین نکرده و به گفته قُرطُبی، از مفسران اهل تسنن، «جَمَعَهُ غَيْرَ مُرَتَّبِ السُّوَرِ»[۳]. یعنی زید قرآن را بدون ترتیب سوره‌ها جمع‌آوری کرده.

۱- مأخذ پیش.

۲- **جوامع الجامع**، طبرسی، ج ۱، ص ۱۳۰ و **تفسیر نمونه**، ج ۲، ص ۱۵۱ و **کشاف**، زمخشری، ج ۱، ص ۲۸۶.

۳- الجامع لاحکام القرآن، محمد القرطبی، جزء اول، چاپ دوم، احیاء التراث العرابی، بیروت، لبنان، ۱۴۰۵ هـ - ۱۹۸۵م، صفحهٔ ۵۰.

ترتیب کنونی سوره‌های قرآن بر پایهٔ طول سوره‌هاست. بدین معنا که طولانی‌ترین سوره را که سورهٔ بقره است در اول قرار داده‌اند و به همین ترتیب تا سورهٔ توحید. بر این پایه دو استثناء به چشم می‌خورد: یکی سورهٔ حمد، که به لحاظ اهمیت، در آغاز قرار داده شده و دیگری دو سورهٔ ناس و فلق که به واسطهٔ اختلاف در قرآن بودن آنها، در آخر قرار داده شده‌اند.

۱۴۹- *محتوای قرآن*

قرآن که از چهارده قرن پیش متن آن به طور قطع و بدون اختلاف و تردید و تحریف تهیه و ثبت و ضبط گردیده است، حاوی مطالب گوناگونی است که به پاره‌ای از موضوعات آنها اشاره می‌شود:

۱- خداشناسی و یکتاپرستی و صفات کمال و جلال خداوند.
۲- معاد و زندگی دوباره، وصف بهشت و دوزخ و مراحل و درجات آنها.
۳- نبوّت عامّه و خاصّه.
۴- عبادت و پرستش حضرت حق از قبیل نماز و روزه و زکات و خمس و حج و جهاد.
۵- اخلاق و مکارم نفسانی.
۶- معاملات و احکام مربوط به روابط مردم با یکدیگر مانند بیع و قرض و دین و رهن.
۷- احکام دیگر از نوع ارث و وصیت و حلال و حرام بودن خوردنی‌ها و آشامیدنی‌ها.
۸- قضا و شهادات و ادلهٔ اثبات دعوا و آئین دادرسی.
۹- جزائیات و ضمانت اجراهای دنیوی برای تخلّف از دستورات دینی.
۱۰- اشاره به تاریخ گذشتگان برای پند و اندرز.
۱۱- و سرانجام قرآن مجموعهٔ معارفی است که شرح آن را باید از تفسیرهای متعدد و مفصل کتاب‌هایی که در این زمینه تألیف شده مطالعه کرد.

۱۵۰- *آیات‌الأحکام*

از نظر علم اصول فقه آنچه لازم است دانسته شود این است که قریب ۵۰۰ آیه و در حدود یك ششم قرآن مربوط به احکام، اعم از عبادات و معاملات و غیره است که بعضی علما آنها را به صورت کتاب‌های جداگانه تألیف کرده‌اند؛ مانند: کتاب ***قلائدالدرر***، تألیف شیخ احمد جزایری، ***زبدةالبیان*** مقدّس اردبیلی و ***کنزالعرفان فی فقه‌القرآن***، تألیف فاضل مقداد. این کتابها به

نام «آیات‌الأحکام» مشهورند و تعداد آنها به ۲۸ کتاب می‌رسد[1].

۱۵۱- *قرآن قطعی‌الصدور است*

به طوری که پیشتر اشاره شد، آیات قرآنی به مرحلهٔ تواتر لفظی رسیده‌اند. تواتر عبارت است از اینکه متنی یا معنائی یا مضمونی از چند طریق نقل شده باشد به طوری که موجب قطع و یقین باشد و آیات قرآنی چنین است. بدین معنا که هر آیه و جمله و کلمهٔ آن را عدهٔ زیادی یك بار یا چندبار از پیغمبر شنیده‌اند، برخی به حافظه سپرده و برخی نوشته‌اند. نویسندگان وحی تعداد زیادی بوده‌اند[2] که به نام بعضی از آنها پیشتر اشاره شده است، بسیاری از مسلمانان قرآن را به مقدار زیادی از بر داشته‌اند و برخی تمام آن را. در موقع جمع‌آوری و تدوین چنانکه نوشته شد، به دستور خلیفهٔ اوّل هر کس هر چه نوشته از قرآن داشت به زیدبن ثابت داده و او با تطبیق آنها قرآن را جمع‌آوری کرده و سپس در مجمع عام مسلمانان، در مسجد، بر مردم خوانده و اگر اختلافی بوده رفع کرده است.

در این باره به نمونه‌ای از دقّت که در جمع‌آوری قرآن شده است، اشاره می‌شود: عمربن خطّاب که خود کاتب وحی بوده است این آیه را چنین می‌خواند ***«وَالسّابِقُوْنَ الاَّ وَلُوْنَ مِنَ المُهاجِرِیْنَ وَالأَنصارُالَّذینَ اَتَّبعوهم بِاحسانٍ»*** به رفع کلمه انصاربدون «واو» بین آن کلمه و «الذین». زید به هنگام جمع‌آوری قرآن بر او ایراد گرفت که از پیغمبر شنیده و نوشته است «والذین». و چون بین آن دو اختلاف روی داد به نسخه‌های دیگر مراجعه شده و بخصوص از حافظان قرآن رفع اختلاف را خواسته‌اند. اُبَیِّ‌بن کعب روایت زید را تأیید کرده و اختلاف رفع شده است[3]. به طوری که ملاحظه می‌شود چنان دقّتی بکار رفته که یك (واو) کم یا زیاد نشود.

به طور خلاصه بین مورخان، اصولیین، فقها و همهٔ مسلمانان مسلّم است که قرآن به نحو تواتر لفظی از پیغمبر اسلام به مسلمانان رسیده و تهیه و جمع‌آوری شده است. و چون تواتر لفظی موجب قطع و یقین است، در این باره در جای خود بحث خواهیم کرد، لذا قرآن قطعی‌الصدور است.

۱- رجوع شود به کتاب ***الذریعة الی تصانیف‌الشیعه***، تألیف مرحوم شیخ آقابزرگ تهرانی.

۲- محقق قمی، به نقل از رسالهٔ ***منبع‌الحیوة*** سیّد نعمت‌اللّه جزایری تعداد آنها را چهارده نفر دانسته است، رجوع شود به ***قوانین‌الأصول***، میرزای قمی، جلد اوّل، صفحهٔ ۴۰۳ و ۴۰۴.

۳- ***الصدیق ابوبکر***، تألیف محمدحسین هیکل، صفحهٔ ۳۲۱.

محقق قمی (ره) در کتاب قوانین‌الأصول[۱] در این باره می‌نویسد: گفته‌اند که قرآن متواتر است و آنچه به صورت آحاد نقل شده باشد قرآن نیست زیرا نقل قرآن از جهات مختلف و متعدد مورد نیاز و لزوم بوده است و چنین چیزی معمولاً به صورت متواتر نقل می‌شود و سپس خود اظهار نظر می‌کند که تواتر قرآن فی‌الجمله مسلم است و نیز مسلم است که واجب است طبق آنچه امروز به نام قرآن به ما رسیده عمل کنیم.

در پایان این مطلب باید به یك نکته اشاره کرد که آنچه متواتر است آیات و کلمات قرآن است ولی قرائات هفتگانه قرآن همه به تواتر نرسیده‌اند و در این مورد گفتار صاحب ***قوانین*** و ***صاحب کفایه*** می‌تواند بهترین مؤید باشد. مضمون گفتار آنها این است که اگر منظور از تواتر قرآن تواتر قرائت‌های هفتگانه یا دهگانه آن است که همهٔ آنها به تواتر از پیغمبر (ص) رسیده باشد، قبول این ادعا مشکل است، ولی اگر منظور این است که جایز باشد به هر یك از آن قرائت‌ها قرآن را تلاوت و به آن عمل کرد، این عقیده درست است[۲].

۱۵۲- *قرآن ظنی‌الدلاله است*

با اینکه قطعی است که قرآن کلام خداست و مسلّم است که تمام آیات و کلمات آن گفتهٔ پیغمبر خداست، با این همه، دلالت تمام آیات قرآنی قطعی نیست، بلکه دلالت بعضی از آنها قطعی و دلالت بعضی دیگر ظنّی است. زیرا چنانکه قرآن خود گویاست[۳]، در آن محکم و متشابه، ناسخ و منسوخ، عام و خاص، مطلق و مقید و مجمل و مبین وجود دارد و از این‌رو دلالت آن در تمام موارد نمی‌تواند قطعی باشد. صاحب ***معالم*** این مطلب را امری واضح دانسته و در ضمن بحث از حجیّت خبر واحد می‌نویسد: ***«و لِوُضوحِ... کَوْنِ‌الکتابِ ظَنیَّ‌الدلالَةِ»*** و در بحث از جواز تخصیص قرآن به خبر واحد می‌نویسد: ***«عامُّ‌الکتابِ و اِن کانَ قَطْعِیَّ‌النَّقْلِ لٰکِنَّهُ ظَنیُّ‌الدَلالَةِ»*** و محقق قمی در ***قوانین*** در همین بحث چنین می‌نویسد: ***«... اَلْکِتٰابُ و اِنْ کانَ قَطْعِیَّ‌الصُدُورِ وَ لٰکِنَّهُ ظَنِیُّ‌الدَلٰالَةِ***[۴]***»***.

بنابراین، استنباط از قرآن و استناد به آن برای اثبات احکام و مسائل در این زمان، منحصر

۱- ***قوانین الاصول***، میرزای قمی، جلد اوّل، صفحهٔ ۴۰۳.

۲- مأخذ پیش و جلد دوّم ***کفایةالأصول***، آخوند خراسانی، صفحهٔ ۶۴.

۳- ***مِنْهُ آیاتٌ مُحْکَمات هُنَّ اُمُّ‌الْکِتابِ وَ اُخَرُ مُتَشابِهاتٌ.*** آیهٔ هفتم از سورهٔ آل عمران.

۴- ***قوانین‌الاصول***، میرزای قمی، جلد اوّل، آخوند خراسانی، صفحهٔ ۳۰۹.

و مختص است به فقها و مجتهدین و مفسرین که به زبان قرآن آشنا هستند، نصّ و ظاهر و مجمل و مأوّل آن را می‌شناسند و محکم و متشابه آن را می‌دانند و جز ایشان را کسی شایسته و روا نیست که به قرآن استدلال کند. مگر به گونهٔ نقل و حکایت از اینان. و اینکه می‌بینیم و می‌شنویم که برخی با بضاعت مُزْجات علمی یا حتّیٰ بدون اندك آشنائی با علوم اسلامی به آیات قرآنی متوسل می‌شوند تا عقیده و نظریه‌ای را به اثبات رسانند، باید دانست که اینان از حدّ خود تجاوز کرده و پا را از گلیم خود فراتر نهاده‌اند، مگر اینکه این کار به استناد عقیدهٔ مفسران و فقیهان باشد.

۱۵۳ - حجیّت ظاهر قرآن

علمای اخباری معتقدند که نمی‌توان به ظواهر قرآن عمل کرد، مگر اینکه تفسیر آن را از طریق ائمه معصومین یا پیغمبر (ص) بدانیم. برخی از بزرگان اصولیین مثل صاحب معالم[۱] و صاحب قوانین[۲] نیز در آن نظر خاصّی دارند. اینان حجیّت ظواهر قرآن را نفی نکرده‌اند بلکه در نحوهٔ حجیّت آن قائل به تفصیل شده‌اند به شرح زیر:

ظواهر قرآن نسبت به کسانی که طرف خطاب و مخاطب آن بوده‌اند به ظنّ خاص شخصی حجّت است، ولی نسبت به کسانی که طرف تکلّم نبوده‌اند از باب ظن مطلق نوعی. عبارت قوانین در این مورد چنین است[۳]. ***«اَلْمُسَلَّمُ مِنْهُ هُوَ حُجِیَّةُ مَتَفاهَمِ‌المُشافِهینَ والمُخاطَبینَ...فَحُجَّیةُ مُتَفاهَمِ‌المُتَأَخِّرینَ... یَحْتاجُ اِلیٰ دَلیلٍ آخَرَ...»***. یعنی آنچه مسلّم است این است که قرآن برای مخاطبان آن حجت است، امّا حجت بودن آن برای دیگران نیازمند دلیلی دیگر است.

این اصطلاحات در زیر توضیح داده می‌شود:

ظنّ خاص - عبارت است از اینکه دلیل خاصّی بر حجیّت آن رسیده باشد. مانند حجیّت امارهٔ ید و تصرف که مستند است به حدیث ***«لَوْلاٰ ذٰلكَ لَمٰا قامَ لِلْمُسلِمینَ سُوقٌ...»*** . یعنی: اگر ید و تصرف، حجت نباشد نظم بازار داد و ستد مسلمانان به هم می‌ریزد و به احادیث دیگر، بنا بر اینکه حجیّت آن را از باب ظن بدانیم.

ظن مطلق - عبارت است از اینکه دلیل خاصّی بر حجیّت آن نرسیده باشد. مانند حجیّت

---

۱ و ۲- ***رسائل*** شیخ انصاری در حجیّت ظن، چاپ عبدالرحیم، صفحهٔ ۶۰ به بعد و ***قوانین‌الأصول***، میرزای قمی، جلد اوّل، چاپ تفرشی، صفحهٔ ۳۹۳ به بعد.

۳- ***قوانین الاصول***، میرزای قمی، جلد دوّم، باب هفتم، در اجتهاد و تقلید، صفحهٔ ۱۰۳.

ظن حاصل از نوشته مورخان. بعضی در نتیجهٔ «انسداد باب علم و علمی» عقل را حاکم می‌دانند به اینکه عمل به ظن مطلق مجاز است و برخی آن را حجّت نمی‌دانند و این خود مستلزم بحث جداگانه است[۱] (به شمارهٔ ۲۵۹ مراجعه شود).

ظن نوعی - اصطلاحی است در برابر ظن شخصی. اولی ظنی است که نوعاً مردم از کلامی حاصل می‌کنند و دومی ظنّی است که جنبهٔ شخصی دارد. که ممکن است کسی از کلامی ظنّی حاصل کند و دیگری ظنّی پیدا نکند.

با توجّه به آنچه نوشته شد، اکنون می‌توان نظریهٔ صاحب معالم و صاحب قوانین را فهمید. اینان می‌گویند ظواهر قرآن نسبت به کسانی که مخاطب آن بوده‌اند حجّت است به دلیل اجماع بر لزوم پیروی از ظنّی که حاصل می‌شده به ظن خاص. ولی نسبت به دیگران چون دلیل خاصّی بر حجیّت آن نداریم در صورتی می‌توانیم آن را حجّت بدانیم که معتقد به حجیّت ظن مطلق در نتیجهٔ انسداد باب علم و علمی باشیم (به شمارهٔ ۲۵۹ مراجعه شود).

تفصیل برخی از اصولیین را در حجیّت ظواهر قرآن، هر چند به نظر متأخران آنها درست نیست، نمی‌توان گفت تصوری غیرمعقول است. لکن آنچه به اخباری‌ها نسبت داده شده که ظواهر قرآن اصولاً حجّت نیست خیلی شگفت‌انگیز به نظر می‌رسد. به عقیدهٔ بزرگان اصولیین مانند شیخ مرتضیٰ انصاری، صاحب کفایه و میرزای نائینی از متأخران، ظاهر قرآن مثل ظاهر هر کلام دیگری حجّت است، هم برای مخاطبان حاضر در زمان نزول وحی و هم برای متأخران.

از نقل ادلهٔ طرفین در اینجا خودداری می‌شود و محققان می‌توانند به کتب علمای نامبرده درباب حجیّت ظواهر مراجعه نمایند. در شمارهٔ ۲۵۴ در این مورد بحثی داریم.

این بحث و اختلاف منحصر به علمای شیعه نبوده بلکه علمای اهل تسنن نیز همین بحث را مطرح کرده‌اند و در اینجا مطالعهٔ گفته شاطبی[۲] مفید است:

«اسلام دینی است که برای فهمیدن آن و درك دستورات و احکام آن احتیاجی به تبحر و تسلط بر علوم گوناگون نیست. زیرا چنانکه قرآن ناطق است[۳] پیغمبر مردی بی‌سواد بوده که از

۱- *فوائدالأصول*، شیخ انصاری، چاپ تبریزی، جزو سوم، صفحهٔ ۷۷ به بعد.

۲- *کتاب‌الموافقات فی اصول‌الشریعه*، شاطبی، جلد دوم، صفحهٔ ۲۹.

۳- *هُوَالَّذی بَعَثَ فِي‌الأُمّيّينَ رَسُولاً مِنْهُمْ*، آیهٔ دوم از سورهٔ جمعه.

- *فَآمِنوا بِاللّه وَ رَسُولَه‌النَّبِيِّ الْأُمِّيِّ*، آیهٔ ۱۵۸، از سورهٔ اعراف.

میان تودهٔ مردمی بی‌سواد[1] برخاسته و برای آنها احکام حلال و حرام و دستورات اخلاقی آورده است. از این رو می‌بایست قرآن که منبع اصلی این احکام است برای آنها قابل فهم و درك باشد و چنین هم بوده است. چون به هیچ وجه معقول نیست که دینی برای مردمی بی‌سواد و عامی به زبان علمی و در سطحی بالاتر از قوهٔ درك اکثریت آن مردم بیان شده باشد. همین مردم بی‌سواد احکام قرآن را می‌فهمیده‌اند و به کار می‌بسته‌اند و این خود بهترین دلیل بر این مطلب است. به‌علاوه قرآن با فصاحت و بلاغت خود معجزهٔ بزرگ پیغمبر بوده و مردم را به مبارزه دعوت کرده که اگر می‌توانند حتّیٰ باکمك یکدیگر سوره‌ای مانند آن بیاورند[2]. بدیهی است که چنین مبارزه‌طلبی و هماوردجوئی وقتی صحیح است که برای مردم قابل درك و فهم باشد؛ برای مردمی که اسلام و قرآن بر ایشان نازل شده به طور عموم نه برای عدّه‌ای انگشت‌شمار. اگرچه هیچ کس از عوام و خواص نتوانسته‌اند به رقابت با قرآن و محمد برخیزند.»

شاطبی سپس بر این اصل و پایه، بناهای علمی نهاده و مسائل و فصولی مطرح کرده است که از حوصلهٔ این مختصر خارج است؛ و بسیار مفید است که کتاب ارزنده‌اش به نام «موافقات» مطالعه و بررسی شود. از مجموع گفته‌های او فهمیده می‌شود که ظاهر قرآن حتّیٰ برای بی‌سوادان و مردم عامی هم که اهل درس و تدقیق علمی نیستند ولی زبان قرآن را فهمیده‌اند حجّت است. بر این گفته یك نکته باید افزود که گرچه ظاهر قرآن برای مسلمانان صدر اسلام که مخاطب آن بوده‌اند قابل فهم بوده است ولی برای دیگران مسأله آسانی نمی‌باشد و بدین جهت گفتیم که استناد به آن در حال حاضر مختص فقیهان، مجتهدان و مفسران است و دیگران باید منظور قرآن را از آنان بیاموزند.

۱۵۴- *آیا دلیل دیگری می‌تواند قرآن را تخصیص دهد یا مقید سازد؟*

مقدمتاً باید توجه داشت، همان طوری که از مباحث دو گفتار عام و خاص و مطلق و مقید هم استفاده می‌شود، تخصیص و تقیید به منزله بیان و توضیح عام و مطلق است و با نسخ کاملاً متفاوتند.

چنانچه اشاره شد ادلهٔ استنباط احکام چهار است: قرآن، سنت، اجماع، عقل (یا قیاس به عقیدهٔ اهل تسنن) و نحوه نقل سنت دو جور است: به نحو متواتر و خبر واحد. پس باید دید این ادله کدام یک می‌تواند عموم قرآن را تخصیص دهد یا مطلق آن را مقید سازد.

۱- *بُعِثْتُ اِلی اُمَّةٍ اُمّیَة*. حدیث نبوی (ص).

۲- آیهٔ ۲۳، سورهٔ بقره و چند آیهٔ دیگر.

قرآن و خبر متواتر بدون شك می‌توانند مخصِص یا مقیِد عام و مطلق قرآن شوند و برای تأیید مطلب اشاره به گفتهٔ بعضی اصولیین بی‌فایده نیست. عبارت کفایة‌الاصول در این باره چنین است: «*کَما جازَ بِالْکِتابِ اَوْ بِالْخَبَرِالمُتَواتِر... بِلا اِرتِیاب*[۱]». یعنی: همانگونه که، بدون تردید، تخصیص و تقیید قرآن با قرآن و با خبر متواتر جایز است. عبارت معالم‌الاصول در این مورد به شرح زیر است: *لاخِلافَ فِی جَوازِ تَخْصِیصِ الْکِتاب بِالخَبَرِالمُتَواتِر وَ وَجْهُهُ ظاهِرٌ اَیْضاً*[۲]». یعنی: در اینکه تخصیص قرآن با خبر متواتر جایز است اختلافی نیست و توجیه آن هم ظاهر است.

اجماع نیز می‌تواند قرآن را تخصیص دهد و در این مورد عبارت قوانین‌الاصول بدین بیان است: «*لارَیْبَ فِی جَوازِ تَخْصیصِ الْکِتابِ بِالکِتابِ وَ لابِالاِجْماع وَ لا بِالخَبَرِالمُتَواتِرِ*[۳]». یعنی: در جایز بودن تخصیص قرآن با قرآن، با اجماع و با خبر متواتر شک و تردیدی نیست.

شواهدی که آورده شد همه از علمای امامیه است، علمای اهل تسنن نیز در این قسمت با آنها موافقند و بهترین شاهد این مدعا کتاب مستصفای غزالی است که در باب سوّم از قسم چهارم به طور تفصیل از مخصص‌های قرآن بحث می‌کند.

تا اینجا آنچه روشن شده تخصیص و تقیید قرآن وسیلهٔ قرآن و خبر متواتر و اجماع است و آنچه می‌ماند، تخصیص آن به خبر واحد، دلیل عقلی و قیاس است و هر یك را جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱۵۵- تخصیص و تقیید قرآن به خبر واحد

این مسأله مورد اختلاف است و عقاید مختلفی دربارهٔ آن اظهار شده که می‌توان آنها و دلائل آنها را در کتب مفصل اصولی مانند قوانین‌الاصول مطالعه کرد.

نکته‌ای که در اینجا لازم است بدان اشاره شود، این است که صاحب کفایه بین اخبار آحادی که همراه با قرائن قطعی باشد یا نباشد فرق گذاشته، در مورد اوّل مسأله را مسلّم دانسته که خبر واحد و محفوف به قرینهٔ قطعی می‌تواند مخصص و مقید عموم و اطلاق قرآن باشد و مورد اختلاف را منحصر به صورت دوّم یعنی اخبار آحاد بدون قرینه دانسته است.

عقیدهٔ متأخرین اصولیین در این مسأله این است که خبر واحد می‌تواند مخصص یا مقیّد

۱- ***کفایةالاصول***، آخوند خراسانی، جلد اول، صفحهٔ ۳۶۶.

۲- ***معالم‌الاصول***، شیخ حسن، در بحث مخصص.

۳- ***قوانین‌الأصول***، میرزای قمی، جلد اوّل، صفحهٔ ۳۰۸.

قرآن باشد و قوی‌ترین دلیل آنها سیره و روش علماست. دلیل دیگر اینکه اگر خبر واحد نتواند قرآن را تخصیص دهد، باید گفت عمل به خبر واحد جائز نیست زیرا هیچ خبر واحدی نیست که عمومات و اطلاق قرآن در برابر آن نباشد، با این وضع یا باید خبر واحد را مخصص و مقید آن عموم‌ها و اطلاق‌ها دانست و بدین ترتیب به هر دو دلیل عمل کرد و به اصطلاح، جمع بین دلیلین نمود و یا باید فقط به قرآن عمل کرد و خبر واحد را بی‌ارزش دانست و حال آنکه چنانکه بعداً خواهیم دید، خبر واحد حجّت است و باید به آن عمل کرد و نمی‌توان آن را بی‌ارزش دانست.

مثال: روایت «نهیٰ النبی (ص) عن الغرر» مخصص آیه شریفه: «اوفوا بالعقود» است. و آیه ۲۳ سورهٔ نساء پس از بیان محارم نسبی می‌فرماید: «خویشان دیگر حلالند»، ولی روایات نکاح دختر برادر زن یا دختر خواهر زن را مشروط به اذن عمه یا خاله نموده است.

مثال دیگر: آیهٔ شریفهٔ ۲۳۰ از سورهٔ بقره در مورد زن سه طلاقه به‌طور مطلق، نکاح محلل را لازم شمرده ولی این مطلق با حدیث نبوی (ص) در مورد همسر رفاعه مقید شده است به اینکه نکاح محلل باید همراه با مباشرت باشد.

عقیدهٔ مخالفان نیز دارای دلائلی چند است که به ظاهر دلائلی موجّه و معقولند ولی با تجزیه و تحلیلی که به عمل آمده آنها را رد کرده‌اند. بحث از آنها در این مختصر مجالی ندارد. معالم، کفایه و بخصوص قوانین‌الاصول مراجع مفیدی برای بررسی این عقاید می‌باشند.

از علمای اهل تسنن نیز غزالی در مستصفی[1] مسأله را مطرح کرده و خود معتقد به جواز تخصیص قرآن به خبر واحد است. از جملهٔ دلائل او این است که عموم آیاتِ ارث را به خبر واحدی که ابوبکر نقل کرده بدین مضمون که ***«نَحْنُ معاشرَالأنبیاءِ لانُورّثُ»*** تخصیص داده‌اند و فاطمه (ع) را از ارث پدرش محروم ساخته‌اند.

۱۵۶- آیا دلیل عقلی می‌تواند قرآن را تخصیص دهد؟

غزالی در کتاب مستصفی ده نوع مخصص برشمرده و دوّمین آنها دلیل عقل است و مثال می‌زند به آیهٔ شریفه ***اَللّهُ خالِقُ کُلِّ شَیْئٍ***[2] و می‌گوید عقل حکم می‌کند به اینکه ذات و صفات خدا مخلوق او نیست، پس عقل مخصص قرآن است. مرحوم استاد شهابی در کتاب تقریرات

۱- **مستصفیٰ**، غزالی، جلد دوّم، از صفحهٔ ۱۲۲ به بعد و صفحه ۹۹.

۲- آیهٔ ۱۶ از سورهٔ رعد.

اصول[1] همین مثال را آورده و اضافه کرده است که افعال عباد نیز به قول عدلیه مذهب مخلوق خدا نیست و به حکم عقل از این عموم خارج می‌شود.

۱۵۷ - تخصیص قرآن با قیاس

اگرچه در حجیّت قیاس بین علمای شیعه و سنی گفتگو بسیار است، لکن در اینجا منظور این است که به فرض اینکه قیاس را حجّت بدانیم آیا می‌توان عموم قرآن را با قیاس تخصیص داد و مطلق آن را با قیاس مقیّد ساخت؟

این بحث را در کتاب مستصفای غزالی به تفصیل می‌توان یافت[2]. خلاصه آن این است که در مسأله چند قول است، عقیدهٔ خود او این است که صرف قیاس بودنِ دلیلی مانع نمی‌شود که مخصص قرآن شود. چون قیاس نیز بر فرض حجیّت، دلیلی است در شمار سایر ادله و از جمله قرآن. منتها باید دید دلالت کدام یك (عام قرآن یا خاص قیاس) قوی‌تر است در صورتی که دلالت قیاس قوی‌تر باشد، می‌تواند عموم قرآن را تخصیص دهد و چنین مثال می‌زند: آیهٔ قرآن «*اَحَلَّ اللّٰهُ الْبَیْعَ*»[3] عام است و شامل حلّیت معاملهٔ برنج و خرما و جز اینها می‌شود ولی قیاس مستنبط از حدیث نبوی (ص) «*لاَ تَبِیْعُوا الْبُرَّ مَعَ التَّفَاضُل*» یعنی: نفروشید گندم را باگندم با زیادتی، (بُرّ به ضمّ اوّل و تشدید دوم یعنی گندم)، دلالت بر حرمت آن دو، می‌کند و چون عام مزبور به علّت تخصیص فراوان ضعیف شده لذا قیاس در این مورد می‌تواند آن را تخصیص دهد. در اینجا بار دیگر توجه خوانندگان را به بند آخر شمارهٔ ۱۵۲ معطوف می‌دارد.

۱۵۸ - نسخ قرآن

دربارهٔ نسخ، مقایسهٔ آن با تخصیص، اقسام و برخی از شرائط آن قبلاً در شماره‌های ۱۱۸ تا ۱۲۵ به اختصار بحث کرده‌ایم. اینجا فقط می‌خواهیم به اختصار از نسخ قرآن صحبت کنیم.

اگرچه دربارهٔ امکان و وقوع نسخ در قرآن گفتگو زیاد است ولی قول صحیح آن است که نسخ در قرآن واقع شده یعنی آیاتی از قرآن ناسخ آیات دیگر است و حتّیٰ رسالات و کتبی دربارهٔ ناسخ و منسوخ قرآن تألیف گردیده و دیگر بحث در این مورد زائد است. ولی نکتهٔ قابل

۱- *تقریرات اصول*، مرحوم استاد شهابی، بحث مخصص، ص ۸۴ به بعد.

۲- *مستصفیٰ*، محمد غزالی، جلد ۲، صفحه ۱۳۲.

۳- سورهٔ بقره آیهٔ ۲۷۵

توجّه این است که علمای اهل تسنّن[1] نسخ قرآن را پس از رحلت نبی اکرم (ص) نمی‌پذیرند.

چه چیز می‌تواند ناسخ قرآن باشد؟ هر دلیل قطعی می‌تواند ناسخ قرآن باشد. مانند خود قرآن، اجماع و سنت متواتر[2]، ولی دلیل ظنّی مانند خبر واحد نمی‌تواند ناسخ آن باشد[3]. این عقیدهٔ شیعیان است ولی علمای اهل تسنن در آن اختلاف دارند، شافعی موافق با عقیدهٔ بالاست و برخی از مذاهب سنّی مخالف[4].

نسخ باید قطعی باشد. منظور این است که باید قطعاً معلوم شود که ناسخی رسیده تا بتوان قائل به نسخ شد و اگر مورد تردید باشد، اصل عدم نسخ جاری خواهد شد. علاوه بر این اصل، این مطلب را می‌توان چنین توجیه کرد: «هرگاه دلیلی بر امری داشته باشیم باید به آن عمل کرد تا نسخ آن ثابت شود و احتمال وجود ناسخ کافی نیست».

۱۵۹- نمونه‌هائی از نسخ قرآن

۱- عدهٔ وفات در صدر اسلام یك سال بود و آیهٔ ***«وَالَّذینَ یُتَوَفَّوْنَ مِنْکُمْ وَ یَذَرُونَ اَزْواجاً وَصِیَّةً لِاَزْواجِهِمْ مَتاعاً اِلَی الْحَوْلِ***[5]***»*** بدان ناطق است ولی این آیه با آیهٔ ***«وَالَّذینَ یُتَوَفَّوْنَ مِنْکُمْ وَ یَذَرُونَ اَزْواجاً یَتَرَبَّصْنَ بِاَنْفُسِهِنَّ اَرْبَعَةَ اَشْهُرٍ وَ عَشْراً***[6]***»*** نسخ شده و مدّت آن چهار ماه و ده روز تعیین گردیده است.

۲- به موجب آیهٔ ۱۸۰ از سورهٔ بقره ***«کُتِبَ عَلَیْکُمْ.... الْوَصِیَّةُ لِلْوالِدَیْنِ وَ الْاَقْرَبینَ»*** وصیت برای پدر و مادر و خویشان در صدر اسلام واجب بوده ولی این حکم به موجب آیات ارث (۷-۱۱ سورهٔ نساء) منسوخ گردید.

۳- حکم وجوب صدقه برای نجوا کردن (درگوشی حرف زدن) با پیامبر اکرم (ص) دیری نپایید که نسخ شد. در روایت است که تنها علی امیرالمؤمنین (ع) آن را به کار بست. آیه‌های مربوط به آن چنین است: ***«یا اَیُّهَاالَّذینَ آمَنُوا اِذا ناجَیْتُمُ الرَّسُولَ فَقَدِّمُوا بَیْنَ یَدَیْ نَجْواکُمْ***

۱- ***علم اصول الفقه***، عبدالوهاب خلاف، صفحهٔ ۲۵۱، ۲۵۹.

۲- ***اصول الفقه***، شیخ محمدرضا مظفر، جلد ۳-۴، صفحهٔ ۵۷.

۳- ***معالم الاصول***، شیخ حسن، در بحث مخصص.

۴- ***فواتح الرحموت و مسلم الثبوت***، پاورقی کتاب مستصفی، جلد دوّم، صفحهٔ ۷۸ به بعد.

۵- آیهٔ ۲۴۰ از سورهٔ بقره.

۶- آیهٔ ۲۳۴ از سورهٔ بقره.

صَدَقَةً[1]» یعنی ای کسانی که به اسلام گرویده‌اید پیش از آنکه با پیامبر (ص) در گوشی حرف بزنید باید صدقه بدهید. ولی این کار برای مسلمانان دشوار بوده و خدای مهربان بر آنان رحمت آورده آن را نسخ کرده و در آیهٔ دیگری فرموده است که: «ءأشْفَقْتُمْ انْ تُقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَىْ نَجْواكُمْ صَدَقاتٍ[2]» یعنی: آیا از فقر ترسیدید که پیش از درگوشی سخن گفتن با پیامبر (ص) صدقه‌هائی بدهید؟

۴- برای نسخ آیه‌ای از قرآن با آیه‌ای دیگر می‌توان دو آیهٔ ۶۵ و ۶۶ سورهٔ انفال را مثال آورد که در اولی دستور به مقاومت در برابر کافران به نسبت یک به ده بوده و به موجب آیهٔ دوم این حکم تخفیف داده شده و به نسبت یک به دو تبدیل شده است: «... اِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ عِشْرُونَ صَابِرُونَ يَغْلِبُوا مِأَتَيْنِ...[3]» یعنی: اگر از شما صد نفر شکیبا باشند بر دویست نفر از (کافران) پیروز می‌شوید.

۱- آیه ۱۲، از سورهٔ مجادله.
۲- آیه ۱۳، سوره مجادله.
۳- آیهٔ ۶۶، سورهٔ انفال.

دلیل دوّم - سنّت

۱۶۰- تعریف سنّت

دوّمین دلیل استنباط احکام اسلامی سنّت است. و اصولیین آن را چنین تعریف کرده‌اند: سنّت عبارت است از قول یا فعل یا تقریر معصوم (علیه‌السّلام) در امور دینی. نقل و حکایت سنّت را روایت، حدیث و خبر گویند[۱]. منظور از قول و فعل، گفتار و کردار و منظور از تقریر سکوت و رفتار تأییدآمیز معصوم است نسبت به فعل یا عقیده‌ای که در حضور ایشان انجام یا مطرح شده و آن را رد نکرده باشند. عدم رد و سکوت معصوم تأیید ضمنی واقعه‌ای است که رخ داده و حجّت و دلیل است. در اینجا باید اضافه کرد که سکوت معصوم در صورتی که ناشی از خوف و تقیّه یا جهات دیگر باشد، نمی‌تواند دلیل جواز آن واقعه باشد. البته این‌گونه احتمالات باید ثابت شود و تا ثابت نشده تقریر معصوم حجّت خواهد بود[۲].

در بیان سنّت دو تفاوت بین مذهب سنی و شیعه هست که باید مورد توجه قرار گیرد. یکی اینکه به عقیدهٔ علمای شیعه گفتار و کردار و رفتار معصوم، که منظور از آن پیغمبر و دوازده امام و حضرت فاطمه (علیهم‌السّلام) است، حجیّت دارد و از غیر آنان خبری را نمی‌پذیرند. علمای اهل تسنّن معتقدند که احادیثی هم که به یکی از صحابه یا تابعین صحابه منتهی می‌شود، حجّت است[۳]. در نتیجه شیعیان اخباری را که از خلفا یا افرادی مانند ابن‌عبّاس، ابن‌مسعود و غیره رسیده حجّت نمی‌دانند و حال آنکه این اخبار به رأی سنیان حجّت است. نمونه این‌گونه سنت‌ها روایتی از ابن‌مسعود است که گفته: ***ما رآه‌المسلمونَ حَسَناً فَهو عِندَاللّهِ حَسَنٌ*** و اهل تسنُّن به این روایت عمل کرده‌اند. این روایت گفتهٔ ابن‌مسعود است نه حدیث پیغمبر. باید توجّه داشت که اهل تسنّن این‌گونه روایات را به عنوان فتوای صحابه حجّت می‌دانند نه حدیث پیغمبر(ص).

۱- و ۲- ***قوانین‌الاصول***، میرزای قمی، جلد اوّل، چاپ عبدالرحیم، صفحهٔ ۴۰۹ و ۴۹۵.

۳- ***اصول فقه***، خضری‌بیك، چاپ دوم، صفحهٔ ۷۶، و ***غایة‌الاصول فی شرح لب‌الاصول***، تألیف شیخ‌الاسلام ابی‌یحیی زکریاالانصاری‌الشافعی، چاپ قاهره، ۱۹۴۲ میلادی، صفحهٔ ۱۰۶ و بخصوص رجوع شود به ***کتاب‌الشافعی***، تألیف محمّد ابوزهره، چاپ دوم، صفحهٔ ۳۳۹ به بعد.

ولی به هر حال این اختلاف تعبیر، عنوان ماهیت امر را تغییر نمی‌دهد.

تفاوت دیگر سنّت در میان شیعه و سنّی این است که شیعه سنن ائمه خود را حجّت می‌دانند در حالی که سنّی آنها را در صورتی که از پیامبر نقل شده باشد، حجّت می‌دانند.

۱۶۱ - حجیّت سنّت

حجیّت و اعتبار سنّت نبوی (ص) مسلّم و اجماعی است و احتیاجی به استدلال ندارد، با این حال می‌توان گفت دلیل حجیّت آن قرآن کریم است که می‌فرماید: ***﴿وَ ماآتاکُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَ مانَهاکُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾***[1]. یعنی: آنچه را پیامبر اکرم (ص) برای شما می‌آورد (یا به شما می‌گوید) بپذیرید و از آنچه شما را منع می‌فرماید خودداری کنید.

دربارهٔ حجیّت سنّت بحثی که همیشه پیش می‌آید، نزاعی صغروی است. یعنی در این بحث می‌شود که آیا حدیث مورد نظر واقعاً از پیغمبر (ص) رسیده است یا خیر و علم حدیث متکفّل بیان سند احادیث است تا ثابت کند کدام حدیث از پیامبر است و کدام از او (ص) نیست.

۱۶۲ - *نقش اثباتی سنّت*

نقش اثباتی سنّت در درجهٔ اوّل بیان و توضیح قرآن است. چه، قرآن، چنانکه گذشت قواعدی کلّی در زمینهٔ احکام دارد و شرح و تفصیل آنها موکول به سنّت و احادیث است. چنانچه در قرآن به اجمال آمده است که: ***«و آتُوا الزَّکاةَ»*** و اما اینکه از چه مالی و در چه نصابی و به چه نسبتی و در چه وقتی باید زکات داد شرح آن مجمل در سنت نبوی آمده است. علاوه بر این، گاهی در سنّت احکام تشریعی هم دیده شده. مثل اینکه میراث جدّه از طریق سنّت ثابت شده و قرآن دربارهٔ آن ساکت است[2]. و نیز مانند: ذمّی بودن مجوس بدلیل حدیث: ***«سُنُّوا بهم سُنَّةَ اهلِ الکتاب»*** یعنی: با زردشتیان مانند اهل کتاب رفتار کنید.

۱۶۳ - *تدوین سنّت، مهم‌ترین کتب اخبار*

قرآن به محض نزول بر پیغمبر، چنانکه گذشت، وسیلهٔ دبیران او و کاتبان وحی نوشته می‌شد ولی سنّت پیغمبر، دوّمین اصل مهم استنباط حقوق اسلامی، نوشته نمی‌شد چون پیغمبر

۱- آیهٔ ۷ از سورهٔ حشر.

۲- ***الفقه‌الاسلامی فی ثوبه‌الجدید***، تألیف مصطفی احمدالزرقا، جزو اوّل، صفحهٔ ۷۵، چاپ هشتم.

اسلام نظر به اهمیّت و ارزش فوق‌العاده‌ای که برای قرآن قائل بود اجازه نمی‌داد جز آن چیزی را نوشته و منسوب به او دارند؛ مبادا بین آنها اشتباه یا اختلافی روی دهد. در این باره در کتاب صحیح مسلم[1] خبری است از پیغمبر که فرموده: ***لاتَکْتُبوا عنّی، وَ مَنْ کَتَبَ عَنّی غَیْرَالقُرآنِ فَلْیَمْحِهِ وَ حَدِّثُوا عَنّی وَلاحَرَجَ*** یعنی: چیزی را به نقل از من ننویسید و هر کس جز قرآن چیزی را به نقل از من نوشته است باید آن را از بین ببرد. ولی اشکالی ندارد که از من، شفاهاً نقل کنید. بدین جهت در زمان پیغمبر احادیث نوشته و جمع‌آوری نمی‌شد. در دورهٔ خلفای راشدین نیز این کار انجام نگردید، و می‌گویند خلیفهٔ دوّم از آن جلوگیری می‌کرد و می‌گفت این کار موجب خواهد شد که مردم با مراجعه به احادیث از توجّه خود به قرآن بکاهند[2]. در دورهٔ خلفای بنی‌امیّه عمربن‌عبدالعزیز می‌خواسته این کار را انجام دهد ولی انجام نگرفته و احادیث به طور غیرمدون و نانوشته تا زمان بنی‌عبّاس باقی مانده. در این دوره است که اخبار نوشته و جمع‌آوری شده و از آن کتب مفصلی بوجود آمده‌اند.

مهم‌ترین کتاب‌های حدیث اهل تسنّن عبارتند از: صحیح بخاری، صحیح مسلم، سنن ابن‌ماجه قزوینی، سنن ابو داوود سجستانی، سنن ترمذی و سنن نسائی که همهٔ آنها در قرن سوّم هجری تألیف شده‌اند.

مهم‌ترین کتاب‌های حدیث شیعه عبارتند از: ***کافی*** تألیف محمدبن یعقوب کلینی، ***من لایحضره الفقیه*** تألیف ابن‌بابویه (صدوق)، ***استبصار و تهذیب*** تألیف شیخ طوسی. این کتاب‌ها در قرن چهارم و پنجم هجری تألیف گردیده‌اند.

۱۶۴ - *اقسام خبر*

خبر بر دو قسم است: متواتر و واحد. خبر واحد نیز ممکن است مستفیض باشد یا نباشد، و ذیلاً به شرح هر یك می‌پردازیم.

خبر متواتر عبارت است از اینکه تعداد زیادی از مردم، که عادتاً تبانی آنها بر دروغ گفتن ممتنع باشد، خبری بدهند به طوری که موجب قطع و یقین شنونده شود. تعداد معینی برای حصول تواتر ذکر نشده و آنچه لازم است این است که:

اولاً - آن قدر زیاد باشند که عادتاً نتوان باور کرد که همهٔ آنها دروغ گفته‌اند.

۱- **صحیح مسلم**، جلد دوّم، صفحهٔ ۲۹۲.

۲- ***فلسفةالتشریع الاسلامی***، صبحی محمصانی، صفحهٔ ۱۱۰.

ثانیاً – از گفتهٔ آنان یقین حاصل شود.

ثالثاً – اینکه قطع و یقین از آن خبر بدست آید نه از قرائن و خبر باهم و بدین جهت اصولیین[۱] قید می‌کنند که: «خبری که بنفسه موجب قطع و یقین شود، متواتر است» منظور از «بنفسه» احتراز از نمونه‌هائی است که باکمك قرائن، مفید قطع و یقین شده باشند.

خبر واحد – با توجّه به آنچه گذشت، هر خبری که بنفسه موجب قطع نشود و متواتر نباشد خبر واحد نامیده می‌شود. هر چند سلسلهٔ راویان آن، واحد نبوده بیش از یکی باشد.

خبر مستفیض – اصطلاح خبر مستفیض را بعضی‌ها قسم سوّمی شمرده‌اند لکن اکثر اصولیین آن را از نوع خبر واحد می‌دانند. به هر حال خبر مستفیض آن است که مفید قطع و یقین نباشد ولی سلسلهٔ روات آن از سه تا بیشتر باشد[۲].

۱۶۵ – *اقسام خبر متواتر*

برای خبر متواتر اقسام متعددی ذکر کرده‌اند که می‌توان آنها را در سه قسم خلاصه کرد: متواتر لفظی، متواتر معنوی و متواتر اجمالی.

متواتر لفظی – خبری است که الفاظ آن بدون هیچ تغییر و اختلافی به اسناد متعدد، به حدّی که مفید قطع و یقین باشد، به معصوم برسد و برای آن مثال‌هائی دارند. از قبیل حدیث: ***اِنَّما الاَعْمالُ بِالنیّاتِ – مَنْ کُنْتُ مَوْلاه فهذا عَلیٌّ مولاه – اِنّی تارِكٌ فیکُمَ الثِقْلینِ.***

آیات قرآن را می‌توان بهترین مثال برای تواتر لفظی دانست اگرچه نمی‌توان آن را «خبر متواتر» به معنای اصطلاحی نامید.

متواتر معنوی – خبری است که با الفاظ مختلف به طور متواتر نقل شده ولی همهٔ آنها مفید یك معنا باشند مانند اخباری که دربارهٔ «لاضرر» رسیده که از حیث معنا احادیث متواتری است، ولی الفاظ آنها مختلف است. چنانکه در خبری داریم: ***«لاضَرَرَ وَ لاضِرارِ عَلیٰ مُؤمِنٍ»***. در روایت دیگری آمده است: ***«لا ضرر و لاضرار فی‌الاسلام»*** به مضامین دیگر نیز وارد شده است.

مثال دیگر حدیث مربوط به حجیّت اجماع است، (شمارهٔ ۱۷۶) ***لا تَجْتَمِعُ اُمَّتی عَلی‌الْخَطٰاءِ.***

متواتر اجمالی – خبری است که به دلالت التزامی از مجموع اخبار و حکایات مختلف نتیجه‌گیری می‌شود، مانند شجاعت علی (علیه‌السّلام) و سخاوت حاتم و مانند اینها.

۱– ***قوانین الاصول***، میرزای قمی، جلد اوّل، صفحه ۴۲۰ و ۴۳۶.

۲– مأخذ پیش.

۱۶۶- شرائط خبر متواتر

۱- باید راویان خبر متواتر عدهٔ زیادی باشند، به طوری که تبانی آنها بر دروغ گفتن عادتاً محال باشد.

۲- در تمام واسطه‌ها باید تعداد راویان برای حصول علم کافی باشد. بدین معنا که هرگاه مثلاً خبری از معصوم با ده واسطه رسیده باشد، باید هر یك از این واسطه‌ها خود به تعداد کافی برای حصول علم، راوی داشته باشد.

۳- غزالی[۱] شرط دیگری را برای تحقق تواتر لازم شمرده و آن این است که هر یك از راویان خود بدانچه روایت می‌کند علم و یقین داشته باشد نه از روی گمان نقل کرده باشد، چه در این صورت مضمون مشکوك و مظنون نمی‌تواند برای دیگران موجد علم و یقین باشد. میرزای قمی[۲] این شرط را لازم ندانسته و می‌گوید اگر برخی از آنان از روی علم و برخی دیگر از روی ظن و گمان هم نقل کنند، کافی است. داوری در این باره به درازا می‌کشد و از حوصلهٔ این مقال خارج است. لذا از آن درمی‌گذریم و با بدست دادن مآخذ هر دو نظریه، محققان می‌توانند به آن مآخذ مراجعه کنند.

۱۶۷- جهات بحث در خبر واحد

در حجیّت خبر واحد بحث و گفتگو بسیار است. اجمال کلام آنکه:

اوّلاً: خبر واحد موجب حصول علم نمی‌شود.

ثانیاً: عقلاً واجب نیست به خبر واحد عمل کرد.

ثالثاً: عقل محال نمی‌داند که عمل کردن به خبر واحد از طرف شرع واجب باشد.

رابعاً: شرعاً عمل به خبر واحد به عقیدهٔ بسیاری از اصولیین، واجب است. اینها عناوین مباحث حجیّت خبر واحدند که می‌توان شرح آنها را در کتب مفصل اصول مانند رسائل شیخ انصاری، قوانین میرزای قمی و مستصفای غزالی دید. آنچه در اینجا بدان می‌پردازیم اشاره به چند دلیل برای اثبات حجیّت شرعی خبر واحد است.

پیش از ورود در این بحث باید توجّه داشت که موضوع بحث، خبر واحد بدون قرینه است. وگرنه ممکن است گاهی قرائنی همراه خبر واحد باشد که موجب ظن و یا حتّیٰ علم به درستی مضمون آن باشد. این‌گونه اخبار را اصطلاحاً «خبر واحد محفوف به قرینه» می‌خوانند.

۱- **مستصفی**، غزالی، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۴۲ به بعد.

۲- **قوانین‌الاصول**، میرزای قمی، جلد اوّل، صفحهٔ ۴۲۰ به بعد.

مثلاً شهرت عملی، شهرت روایتی و شهرت فتوائی هر یك می‌تواند قرینه باشد (شماره ۲۵۷). این‌گونه خبرها از بحث کنونی ما خارج است.

۱۶۸- ادلهٔ حجیّت خبر واحد

دلیل حجیّت خبر واحد متعدد است ولی به اشارهٔ مختصر به پاره‌ای از آنها اکتفا می‌شود:

۱- آیهٔ نباء - «*اِنْ جائَکُمْ فاسِقٌ بِنَباءٍ فَتَبَیَّنوا*[1]» هرگاه فاسق خبری دهد، دربارهٔ راستی آن تحقیق کنید. مفهوم مخالف این آیه چنین است: اگر عادلی خبر دهد، تحقیق لازم نیست (مفهوم شرط، شمارهٔ ۹۲).

۲- آیهٔ نفر (به فتح نون و سکون فاء یعنی پراکنده و متفرق شدن) - «*فَلَوْلاٰ نَفَرَ مِنْ کُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طائِفَةٌ لِیَتَفَقَّهُوا فِی الدّین وَ لِیُنْذِرُوا قَوْمَهُمْ اِذا رَجَعُوا اِلَیهِمْ لَعَلَّهُمَ یَحْذَرُونَ*[2]» بدین مضمون: چرا از هر قبیله عدّه‌ای برای تحصیل علم دین، به هر سو نمی‌روند تا در بازگشت کسان خود را راهنمائی کنند؟! لازمهٔ این آیه آن است که گفتار این علمای دین برای کسانشان حجّت باشد و به عبارت دیگر خبر واحد حجّت خواهد بود (دلالت اشاره، شمارهٔ ۸۵).

۳- اجماع دلالت می‌کند بر حجیّت خبر واحد - این دلیل را شیخ طوسی چنین بیان کرده: شیعه بر حجیّت خبر واحد متفق‌الکلمه است. این اجماع را او از ملاحظهٔ عمل به اخباری که در کتابهایشان نقل کرده‌اند، بدست آورده است.

او[3] می‌گوید دلیل بر حجیّت خبر واحد اجماع امامیه است و می‌نویسد: من دیده‌ام که علمای امامیه اتفاق نظر دارند بر به کار بستن اخباری که در کتابهای اخبار خود آورده‌اند و هیچ کدامشان این روش را رد نکرده‌اند...

۴- صاحب قوانین[4] پس از نقل این گفتار از شیخ و دیگر اصولیین دست بالا را گرفته، می‌گوید عمل به خبر واحد یك روش عرفی و عادی و طریقه‌ای است که عقلا و خردمندان در زندگی خود به کار می‌بندند... (بنای عقلا) و مورد ردع شارع قرار نگرفته.

با این همه، ناگفته نماند که سیّدمرتضیٰ و برخی دیگر از علمای بزرگ شیعه با این مقال مخالفند. حال با وجود مخالفت این بزرگان چگونه اجماع تحقق می‌پذیرد؟ این خود بحثی

۱- سورهٔ حجرات، آیهٔ ششم.
۲- آیهٔ ۱۲۲ از سورهٔ توبه.

۳- **عدة‌الاصول**، شیخ طوسی، بحث حجیّت خبر واحد.

۴- **قوانین الاصول**، میرزای قمی، جلد اوّل، چاپ عبدالرحیم، صفحهٔ ۴۳۹.

مفصل است که مجال آن در این مختصر نیست. و می‌توان آن را در کتاب «*معالم‌الاصول*» در بحث از حجیّت خبر واحد بررسی کرد.

۱۶۹ - خبر مجعول

پس از درگذشت پیامبر بزرگ اسلام (ص) نقل خبر از او شایع و رایج گشت. یاران راستگو و درست‌کردار پیغمبر آنچه را شنیده بودند برای پایدار ماندن دین و تعلیمات آن پیامبر بزرگ به درستی بازگو می‌کردند تا وظیفهٔ خود را در برابر خدا و رهبر و پیشوای خود انجام داده باشند. مردم به اینان به دیدهٔ احترام می‌نگریستند و به آنها ارج می‌گذاشتند. رفته‌رفته این کار مقامی چشم‌گیر شد و هرکس افتخار خود می‌دانست که بگوید پیامبر خدا را دیده و با او سخن گفته و از او گفتاری شنیده. این مقام علمی افتخارآمیز که می‌توانست برای جاه‌پرستان و سودجویان وسیله‌ای برای جاه و مال باشد، به اضافهٔ اغراض سیاسی دستجات مختلفی که زیر پرچم اسلام گرد آمده بودند و احساسات ملّی ملل متعددی که بعداً وسیلهٔ لشگریان اسلام تسخیر شدند، همه سبب می‌شدند که اخباری ساخته و پرداخته و به پیغمبر اسلام نسبت داده شود.

تعداد این اخبار که در اصطلاح اصول به «*اخبار موضوعه*» مشهور است، رو به فزونی نهاد تا به جائی که مسلمانان دین‌دار و علمای اسلام دوست ترسیدند این اخبار دروغ اذهان مسلمانان را مشوب و حقایق اسلام را دگرگون نمایند. از این‌رو بر آن شدند که با «جاعلین اخبار» و دروغ‌پردازان به مبارزه برخیزند و بساط دروغ و تزویر آنها را بهم بریزند. عالمان خداشناس ضوابط و قواعدی برای شناخت خبر راست از دروغ بنا نهادند تا سلسلهٔ راویان خبر بسان زنجیری قرص و محکم ارتباط میان مسلمانان و پیامبر را حفظ کرده و از ورود دروغ‌پردازان در آن رده جلوگیری نمایند. این ضوابط را تحت عنوان «شرائط راویان خبر واحد» بیان می‌کنیم.

۱۷۰ - شرائط راویان خبر واحد

راویان خبر واحد باید دارای چند شرط باشند تا خبری که روایت می‌کنند قابل قبول واقع شود این شرائط عبارتند از: بلوغ، عقل، اسلام، ایمان، عدالت و ضبط.

بلوغ - بلوغ شرعی، رسیدن به سنی معین و یا داشتن علائم مخصوصی است. نابالغ اعم از اینکه ممیز باشد یا غیرممیز، خبرش قابل قبول نیست. این شرط بین شیعه و سُنّی اجماعی

است و تنها در مورد کودك ممیز از بعضی سنیان قول دیگری نقل شده است[1].

عقل - راوی باید عاقل باشد. خبری را که دیوانه نقل کند بی‌ارزش است. ولی دیوانهٔ ادواری هرگاه در حال افاقه روایت کند قابل قبول است.

بلوغ و عقل را گاهی یکجا کرده و می‌گویند راوی باید مکلّف باشد.

اسلام - خبر غیرمسلمان معتبر نیست و هرگاه در سلسلهٔ راویان خبر یك نفر، یا همه، نامسلمان باشد آن خبر بی‌ارزش است.

گروهی ازجاعلان اخبار و دروغ‌پردازان غیرمسلمانی بوده‌اند که تظاهر به اسلام کرده‌اند و از راه دشمنی و برای تخریب بنای اسلام به نقل اخبار دروغ پرداخته‌اند و تواریخ اسلامی نقاب از چهرهٔ آنها برداشته. برخی از اینان مزدوران دربار معاویه بوده‌اند.

ایمان - ایمان در برابر اسلام به معنای دوازده امامی بودن است و این شرطی است که شیعه برای روات اخبار قائل است. به موجب این شرط خبری که راوی یا راویان آن سنّی یا شیعهٔ غیر دوازده امامی باشند، معتبر نیست جز به شرط توثیق.

توثیق - یعنی موثق و مورد اعتماد دانستن. هرگاه یک راوی سنّی یا شیعهٔ غیردوازده امامی مورد ثقه و اعتماد علمای بزرگ شیعه قرارگرفته باشد و از او به راستگوئی یاد شده باشد، در این صورت خبری که نقل می‌کند موثق و تا حدّی مورد قبول است.

عدالت - راوی باید عادل باشد. این شرط مورد اتّفاق است. امّا عادل کیست، عدالت چیست و چگونه می‌توان به عدالت کسی پی برد یا او را عادل ندانست؟ مباحثی مفصل است که مجال آن اینجا نیست. به طور مختصر منظور از عدالت، عدالت شخصی است و آن ملکه‌ای است نفسانی که انسان را از گناه کردن مانع می‌شود و در تعریف آن گفته شده «عدالت ملکهٔ اجتناب از گناهان کبیره و اصرار بر گناهان صغیره و منافیات مروّت است[2]».

طبق این تعریف راوی باید مرتکب هیچ‌گونه گناهی نشود تا عادل شناخته شود و خبرش مقبول باشد. ولی آیا نمی‌توان تصوّر کرد که شخصی مرتکب گناهانی بشود بی‌آنکه به صدق گفتار و راستگویی او لطمه وارد آید؟ به بیان دیگر اثری که عدالت راوی در مقام نقل خبر دارد، این است که دروغ نگوید و برای دیگران اطمینان حاصل شود که آنچه نقل می‌کند راست است. این نتیجه ظاهراً ارتباط زیادی با عدم ارتکاب بعضی گناهان ندارد، مثلاً ممکن است کسی

۱- ***فصول فی‌الاصول***، شیخ محمدحسن بن محمدرحیم، در بحث شرائط خبر واحد.

۲- ***معالم و قوانین***، در شرائط خبر واحد.

خمس و زکوة ندهد ولی دروغ هم نگوید. آیا نمی‌توان خبر چنین کسی را قبول کرد؟ مشهور این است که عدالت شرط قبول روایت است ولی برخی از اصولیین آنچه را لازم دانسته‌اند، تنها پرهیز از دروغ‌گویی است، شیخ طوسی[1] می‌گوید: کسی که مرتکب بعضی گناهان شود ولی مؤمن و مورد اعتماد باشد و از دروغگویی بپرهیزد، می‌توان خبرش را قبول کرد و از عدالت در اینجا همین اندازه کافی است.

ضبط - منظور از این شرط دارا بودن حافظه و قوه نگهداری مطالب است. شخصی که واجد حافظهٔ خوب نباشد، نمی‌تواند اخبار را به درستی به دیگران برساند. اگر توجّه کنیم که در عصر پیامبر اسلام(ص) و بعد از آن، سواد به غایت اندك و سواددار بی‌نهایت کم و استفاده از یادداشت و قلم و کتاب و کتابت بسیار کم بوده است، آن وقت اهمیّت این شرط به خوبی روشن می‌شود. اصحاب رسول خدا(ص) می‌بایست اخبار را از بر می‌داشتند و از نسلی به نسلی دیگر می‌رساندند. با این ترتیب بسیار منطقی است که محرز شود راوی اخبار به حدّ کافی واجد ضبط و حافظه خوب بوده است. بدیهی است لازم نیست از همه کس خوش حافظه‌تر باشد. لکن باید به کودنی و کندحافظگی هم متّصف نباشد و در حدّ معمول از داشتن حافظهٔ خوب برخوردار باشد.

۱۷۱ - *موقع اعتبار شروط*

شروطی که بدانها اشاره شد همگی به هنگام «ادا» یعنی نقل خبر معتبرند، نه به هنگام «تحمّل» یعنی دریافت و شنیدن خبر. بدین معنا که اگر راوی به هنگام دیدن واقعه یا شنیدن مطلبی صغیر یا غیرمسلمان، غیرمؤمن یا غیرعادل بوده و سپس به این اوصاف متصّف گردیده باشد و خبر را نقل کند، خبرش قابل قبول است. زیرا منظور از لازم دانستن این اوصاف اطمینان یافتن به راستگویی او در نقل خبر به هنگام ادا و رساندن آن است.

لکن باید توجّه داشت که دو صفت عقل و ضبط را باید هم به هنگام تحمّل و هم به موقع ادا داشته باشد. زیرا اگر در یکی از این دو موقع فاقد درك یا ضبط باشد اطمینان بـه درستی خبری که نقل می‌کند حاصل نخواهد شد.

۱- ***عدة الاصول***، شیخ طوسی، بحث خبر واحد.

۱۷۲-اقسام خبر واحد[1]

بر حسب شرائطی که برای راوی بیان شد، خبر واحد چهارگونه است: صحیح، حسن، موثق یا قوی، و ضعیف.

خبر صحیح - خبر واحدی را که راویان آن همگی دارای همهٔ شرائط ششگانه: اسلام، ایمان، بلوغ، عقل، عدالت و حافظهٔ خوب باشند خبر صحیح گویند.

خبر حسن - خبر واحدی است که راویان آن همه دوازده امامی و ممدوح باشند، لکن بعض آنها توثیق نشده باشند (توثیق را در شمارهٔ ۱۷۰ شرح دادیم).

خبر موثق یا قوی - خبر واحدی است که یکی یا تمام راویان آن شیعهٔ دوازده امامی نباشند، ولی همگی توثیق شده باشند. مثلاً هرگاه یکی از راویان سنّی باشد ولی توثیق شده باشد، خبر او را موثق یا قوی گویند و چنین خبری قابل قبول می‌باشد. و اینکه گاهی می‌شنویم برای تضعیف خبری می‌گویند «راوی آن سنّی است» گفته‌ای شوخی است و جنبهٔ علمی ندارد.

خبر ضعیف - خبر واحدی است که یکی یا همهٔ راویان آن واجد تمام یا بعضی شرائط لازم برای راوی نباشند و توثیق هم نشده باشند.

خبر ضعیف حجّت نیست مگر اینکه مشهور باشد و در این صورت آن را «مقبول» گویند.

خبر صحیح، حسن و موثق یا قوی حجّت است و درجه اعتبار و حجیّت آنها به همین ترتیب است.

علاوه بر این اقسام، اقسام دیگری نیز برای خبر واحد وجود دارد که بازگشت همه آنها به چهار قسم اصلی است که گفته شد و می‌توان بیشتر آنها را در کتاب قوانین‌الاصول میرزای قمی جلد اوّل، چاپ عبدالرحیم، صفحهٔ ۴۸۶ به بعد ملاحظه کرد.

عناوین برخی از آنها که شایع است، به قرار زیر است:

روایت مسند، روایت مرسل، روایت مضمر، روایت مشهور، روایت شاذّ و روایت مرفوع.

۱۷۲/۱ - جبران ضعف خبر

در پایان، گفتن این نکته از اهمیّت بسزائی برخوردار است که: به کار بستن خبر واحد وسیلهٔ فقها بر اعتبار و اعتماد به آن می‌افزاید و ضعف احتمالی آن را جبران می‌کند. مثلاً در

۱- ***قوانین‌الاصول***، میرزای قمی، جلد اول، چاپ عبدالرحیم، صفحهٔ ۴۸۲ به بعد.

مورد روایت علیٰ‌الید می خوانیم که: «وَ ضَعفُه مُنجَبَرٌ بِعَمَلِ الاَصحابِ[۱]» و برعکس، به کار نگرفتن خبر از ارزش و اعتبار آن می‌کاهد و در این صورت آن را «خبر مهجور» می‌خوانند که کنایه از بی‌اعتباری آن است. مرحوم شیخ محمّد جواد مغنیه در این باره نوشته است: من ثبوت نص و روایت را با اعتماد فقها بر آن و به‌کارگرفتن آن روایت وسیله آنان می‌سنجم نه با راویان و مردان عادلی که آن را نقل کرده‌اند... هر چند در کتب اخبار ضبط شده باشد و مردانی صالح آن را روایت کرده باشند. نصوص و روایات چیزی جز حروف و کلمات بی جان نیستند و این بکار بستن آنها وسیله فقهاست که به آنها جان می‌بخشد[۲].

برای اینکه این مطلب از دقت لازم برخوردار باشد باید توجه داشت که منظور این است که عمل به خبر واحد نزد قدمای امامیه موجب اعتبار آن نزد فقهای متأخر می‌شود. این مطلب در بحث شهرت، شمارهٔ ۲۵۷ نیز خواهد آمد.

در پایان به این نتیجه می‌رسیم که هرگاه صدور روایتی از معصوم (ع) مورد اطمینان و وثوق باشد حجت است و ثقه بودن یا نبودن راوی ملاک حجیت خبر نمی‌باشد. این مطلب در عبارات متأخرین چنین بیان شده: «مَوضُوعُ الحُجِّیَّةِ هُوَ خَبَرُالمُوثُوقُ‌الصُّدُورِ لا خَبَرُالثِّقَةِ[۳]»

وثوق به روایت از چند راه حاصل می‌شود: وثوق به راوی، موافق بودن روایت با عمل مشهور، علوّ مضمون روایت که نشان‌دهندهٔ آن است که آن روایت از جانب امام (ع) رسیده است و مستفیض و فراوان بودن روایت بر مضمون روایت مورد بحث[۴].

۱۷۲/۲ - مقایسهٔ خبر و شهادت

خبر و شهادت گرچه هردو از واقعیتی حکایت دارند ولی از چند جهت با هم تفاوت دارند:

۱- منشاءِ خبر نقل راویان است، در حالی که گواهی باید از طریق دیدن یا شنیدن خود گواه و بدون واسطه باشد، مگر در مورد گواهی فرع یا شهادت بر شهادت که ممکن است با شرائطی با واسطه هم گواهی داد.

۱- **مکاسب**، شیخ انصاری، ضمان مقبوض به عقد فاسد.

۲- ***فقه‌الامام جعفرالصادق***، محمد جواد مغنیه، چاپ بیروت، جلد ۱، ص ۶.

۳- ***القواعدالفقهیة***، میرزا محمد حسن بجنوردی، ج ۳، ص ۷.

۴- ***انوارالاصول***، مکارم، ج ۳، ص ۶۲۱.

۲- در گواهی تعدد گواه لازم است. یعنی گواه باید دو نفر باشد مگر در شرائط محدود و خاص. ولی خبر واحد نقل یک نفر از دیگری است، اگرچه ممکن است بعضی واسطه‌های آن بیش از یکی باشد.

۳- در گواهی، گواه باید مرد باشد، و گواهی زن در مواردی محدود پذیرفته است، ولی راوی خبر ممکن است مرد باشد یا زن.

دلیل سوّم - اجماع

۱۷۳- تعریف اجماع و عناصر آن

اجماع در لغت به دو معنا آمده: یکی به معنای عزم و قصد و نیّت چنانکه در این حدیث است: ***لاصِیامَ لِمَنْ لَمْ یُجْمِعِ الصِّیامَ مِنَ اللیلِ***[۱] یعنی کسی که از شب نیّت روزه ندارد روزه‌دار نیست. دیگری به معنای اتفاق و بیشتر به همین معنا استعمال شده.

در اصطلاح اصول نیز به همین معناست، منتها هر اجماع و اتّفاقی را حجّت نمی‌دانند بلکه برای حجیّت آن شرایطی قائلند که به آنها اشاره می‌شود.

برای اجماع دو تعریف ذکر می‌کنیم تا یکی مسلك سُنیان را بازگو کند و دیگری حاکی از مشرب علمای شیعه مذهب باشد.

الف - تعریف اجماع از قول علمای اهل سنت و جماعت: غزالی در کتاب مستصفی[۲] می‌گوید: اجماع عبارت است از اتّفاق امّت محمّد (ص) بر امری از امور دینی. و توضیح می‌دهد که منظور از امّت، مجتهد صاحب فتوا ست و اتّفاق همهٔ مردم حتّیٰ عوام و یا علمای سایر رشته‌های علمی لازم نیست. به عبارت دیگر در نظر غزالی برای تحقق اجماع اتفاق کسانی که در مسائل دینی صاحبنظر هستند لازم است و آنها که در این رشته تخصصی ندارند یا اصلاً اطلاعی ندارند، نظراتشان نمی‌تواند در تحقق اجماع مؤثر باشد. عناصر این تعریف به شرح زیر است:

۱- اتّفاق نظر.

۲- اتّفاق امّت محمّد و ملّت اسلام نه دیگر مذاهب.

۴- اتّفاق بر مسأله‌ای از مسائل دینی نه بر مسائل دیگر.

پس از تعریف اجماع بر مبنای شیعیان، به تجزیه و تحلیل این عناصر می‌پردازیم.

ب - تعریف اجماع به عقیدهٔ علمای شیعه - میرزای قمی در کتاب قوانین[۳] اجماع را چنین تعریف می‌کند: اجماع عبارت است از اتّفاق جماعتی، که اتّفاق آنها کاشف از رأی معصوم باشد، بر امری از امور دینی.

۱- ***فصول فی‌الاصول***، تألیف محمد حسین‌بن عبدالرحیم، گفتار دوّم، صفحهٔ دوّم.

۲- ***المستصفی***، غزالی، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۷۳ و ۱۸۱.

۳- ***قوانین‌الاصول***، میرزای قمی، جلد اوّل، صفحهٔ ۳۴۶ به بعد.

عناصر این تعریف عبارت است از:

۱- اتّفاق نظر.

۲- اتّفاق جماعتی که... و منظور اتّفاق مجتهدین مذهب اسلام است.

۳- اتّفاقی که کاشف از رأی معصوم باشد.

۴- اتّفاق بر امری از امور دینی.

مثالی برای اجماع

یکی از شرائط قاضی، طهارت مولد است. یعنی اینکه قاضی باید حلال‌زاده باشد؛ حرام‌زاده صلاحیت قاضی بودن ندارد. دلیل آن اجماع فقها است وگرنه، نه منع عقلی دارد ونه دلیل نَقلی بر منع آن رسیده است[۱].

۱۷۴- فرق اجماع بنابر عقیدهٔ علمای سنّی و شیعه

با دقّت در دو تعریفی که گذشت، روشن می‌شود که فارق عمدهٔ اجماع در این دو مکتب این است که بنا به عقیدهٔ سنیان حجیّت اجماع به واسطهٔ خود آن است و به این جهت حجّت است که، چنانکه پیغمبر اسلام فرموده: «امت اسلام به خطا وباطل اتّفاق نمی‌کنند[۲]» و نمی‌توان قبول کرد که مسئله‌ای را که همهٔ دانشمندان متفقاً بر آن هم‌عقیده‌اند اشتباه و خطا باشد. در حالی که شیعیان می‌گویند اجماع بدان جهت حجّت است که کاشف از رأی معصوم است و فقط در این صورت حجّت است. پس حجیّت اجماع در این مذهب به واسطهٔ خود آن نیست بلکه به واسطهٔ رضای پیغمبر یا امام است که اتّفاق علما حاکی و کاشف از آن است. فرق دیگر اینکه به مشرب علمای سنی، اتّفاق مجتهدین لازم است تا اجماعی بوجود آید و حال آنکه در طریقه شیعه اتّفاق کل لازم نیست. بخصوص اگر مخالف شناخته شده و به اصطلاح «معلوم‌النسب» باشد. چون معلوم است که او معصوم نیست و مخالفتش مضر نمی‌باشد.

می‌توان گفت بین اجماع شیعه و سنی از این لحاظ عموم و خصوص مطلق است، هر جا اجماع به عقیدهٔ سنیان حاصل شود اجماع شیعه هم حاصل شده، ولی ممکن است بعضی موارد باشد که شیعه آن را اجماع بداند ولی سنیان ندانند. چنانکه در مخالفت شخص معروف و شناخته شده این وضع پیش می‌آید.

۱- **جواهر**، شیخ محمد حسن نجفی، باب قضاء ، در شرائط قاضی

۲- روایت ***«لا تجتمع امتی علی‌الخطاء»***.

۱۷۵- تجزیه و تحلیل عناصر اجماع

۱- اتّفاق نظر، اجماع سکوتی

عنصر اصلی اجماع وجود اتّفاق نظر و عقیده است. این اتّفاق در جایی که همهٔ علما اظهارنظر کرده باشند حاصل است ولی اگر برخی فتوا داده باشند و برخی سکوت کرده باشند آیا اجماع درست می‌شود؟ آیا می‌توان گفت وقتی در مسأله‌ای نظری داده و اعلام شده و دیگران مخالفت نکرده‌اند، چنین عدم مخالفتی حاکی از موافقت است؟

این مسأله در اصول تحت عنوان «اجماع سکوتی» مورد بحث قرار گرفته. اجماع سکوتی حجّت نیست. صاحب قوانین[۱] به صراحت می‌نویسد: اجماع سکوتی حجّت نیست چون اجماع عبارت است از اتّفاق، و سکوت دلالت بر موافقت و رضا ندارد. چه، احتمال می‌رود به جهات دیگر سکوت کرده باشند. غزالی[۲] نیز می‌نویسد: آنچه دراجماع لازم است اتّفاق‌نظر است و این از بیان صریح فتوا معلوم می‌شود و سکوت نمی‌تواند مبیّن اتّفاق‌نظر باشد. او سپس هفت جهت برای سکوت برشمرده که اشاره به آنها در اینجا لازم نیست. این مسأله تقریباً متفق‌علیه است. جز اینکه به طوری که از گفتار این دو نفر دانشمند بزرگ و حواشی قوانین معلوم می‌شود عضدی - یکی از علمای تسنن - معتقد به حجیّت اجماع سکوتی بوده است. و به طوری که در کتاب فلسفةالتشریع[۳] آمده است، بیشتر علمای حنفی آن را حجّت می‌دانند. با این همه صاحب قوانین در ادامهٔ این بحث یك نوع اجماع سکوتی را حجّت می‌داند. او اگرچه سکوت را علامت رضا نمی‌داند ولی می‌گوید اگر عرف و عادت حکایت از رضای شخص ساکت کند در این صورت اجماع سکوتی حجّت است. مثلاً هرگاه فتوائی در مسأله‌ای که مورد ابتلای عمومی است داده شود و در مواقع متعدد و موارد زیادی بدان عمل شده و کسی مخالفتی نکرده باشد، چنین عدم مخالفتی را می‌توان حاکی از رضا پنداشت و اجماع سکوتی را در این صورت می‌توان حجّت دانست.

مثالی برای اجماع سکوتی: چنانکه در حجیّت خبر واحد گذشت، شیخ طوسی ادعای اجماع بر حجیّت آن داشت. این اجماع با بیانی که ایشان کرده‌اند اجماع سکوتی است در مسئله مورد ابتلای عمومی. بیان ایشان این است: «دلیل حجیّت خبر واحد اجماع است... زیرا فقهای امامیه اجماع دارند بر عمل به اخباری که در کتب اخبارشان روایت کرده‌اند و کسی این امر را

۱- *قوانین‌الاصول*، میرزای قمی، جلد اوّل، چاپ عبدالرحیم، صفحهٔ ۳۶۸ و ۳۶۹.

۲- *مستصفی*، غزالی، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۹۱ و ۱۸۲.

۳- *فلسفةالتشریع*، تألیف صبحی محمصانی، چاپ دوم، صفحهٔ ۱۱۹.

انکار و دفع نکرده است[۱]».

مثالی دیگر: شیخ انصاری (ره) در کتاب مکاسب به نقل از مسالك شهید ثانی می‌نویسد: «ظاهر مسالك اتفاق فقها است بر شرط بودن تنجیز در وقف. ظاهر این است که در این مسأله خلافی نیست همچنانکه بسیاری از فقها به این امر اذعان دارند هر چند بیشتر آنها در اینجا متعرض این شرط نشده‌اند[۲]». با این بیان بنظر می‌رسد این، اجماعی سکوتی است.

شهرت - هرگاه در مسئله‌ای دو یا چند عقیده اظهار شده باشد ممکن است یکی مشهور باشد. شهرت موجب حجیت نمی‌باشد. در برابر مشهور اصطلاح شاذّ و نادر را داریم. ممکن است در مسئله‌ای دو عقیده مشهور یا یکی مشهور و دیگری اشهر باشد. در شمارهٔ ۲۵۷ دربارهٔ شهرت، اقسام و حجیت آن بحث شده است.

۲- *اتّفاق مجتهدین*

صریح‌ترین دلیل حجیّت اجماع حدیث نبوی (ص) است که می‌فرماید: ***«لاٰتَجْتَمِعُ اُمَّتی عَلَیٰ الضَّلالَةِ»*** و احادیث دیگری به همین مضمون. ظاهر این احادیث چنانکه از کلمهٔ «امتی» فهیمده می‌شود، همهٔ مسلمانان است. لکن به طوری که غزالی در این باره می‌نویسد، منظور همهٔ مسلمانان نیست، بلکه منظور کسانی است که در مسائل شرعی صاحبنظر باشند. او تعبیر می‌کند به ***«مجتهد صاحب فتوا»*** و ***«اهل حلّ و عقد»***. بدین ترتیب کودکان و دیوانگان از شمول آن خارجند و نیز عوام و کسانی که در رشته‌های غیر فقه و اصول اطلاع و تخصص دارند، هم خارجند. دلیل بر این مطلب این است که در مسائل شرعی که احتیاج به نظر و فکر و استدلال است جائی برای اظهارنظر عموم نفیاً و اثباتاً وجود ندارد تا موافقت آنها منشاءِ اثر یا مخالفتشان موجب ضرر باشد. همین‌طور دانشمندانی که در رشته‌های دیگر علم تخصص دارند، مثلاً مورخان، جغرافی‌دانان، علمای نجوم، ریاضی‌دانان و پزشکان نسبت به مسائل شرعی عوام محسوبند. چون از رشتهٔ تخصص آنها خارج است. این تنها فقها و اصولیین هستند که در مسائل شرعی صاحبنظر و فتوا می‌باشند و اتّفاق نظر آنها ملاك حصول اجماع است.

از بحثی که غزالی در این زمینه دارد، مطالب دیگری نیز فهمیده می‌شود که به دو نکتهٔ آنها اشاره می‌کینم:

۱- پاره‌ای از مسائل شرعی هست که عوام نیز می‌توانند آن را درك کنند. مانند کلیات

۱- ***عدةالاصول***، شیخ طوسی، جزو اوّل، صفحهٔ ۴۷.

۲- ***مکاسب***، شیخ انصاری، چاپ ۱۳۱۵ قمری، ص ۹۹.

احکام از قبیل وجوب نماز و روزه و امر به معروف و نهی از منکر. ولی جزئیات و فروع احکام از حیطهٔ درك عوام خارج است و آنها موظف به رجوع و تقلید و پیروی از علمایند. در دستهٔ نخست عوام نیز در اجماع محققاً داخلند ولی دردستهٔ دوّم دخالت آنها در اجماع به صورت ضمنی تبعی است. بدین نحو که عوام معتقدند در مسائل شرعی آنچه علما و مجتهدین بگویند همان صحیح است و وقتی علما متفقاً فتوایی دهند، عوام نیز تبعاً موافقند و در اجماع به صورت ضمنی و تبعی داخلند.

۲- اینکه مخالفت عوام در مسائل دستهٔ دوّم اصولاً مجاز نیست به علت آن است که عامی توانائی علمی و قوهٔ درك و استنباط فروع احکام را ندارد تا بتواند نظری بر خلاف دهد یا موافقت کند. وظیفهٔ او تقلید از مجتهدین است و با مخالفت آنها عاصی و گناهکار خواهد بود.

۳- *اتّفاق امّت محمّد (ص)*

اتّفاق امّت محمّد (نه امم دیگر) حجّت است. آنچه از دلائل حجیّت اجماع استفاده می‌شود، این است که اجماع مسلمانان حجّت است، نه اجماع دیگران. بنابراین اجماع یهود و نصارا از نظر مسلمانان حجیّتی ندارد[۱]. توجیه این مطلب از نظر شیعه چنین است که چنین اجماعی نمی‌تواند کاشف از رأی معصوم باشد. و از نظر علمای سنّی بدین نحو است که ادلهٔ حجیّت اجماع شامل آن نمی‌شود زیرا این ادلهٔ ناظرند به «امّت محمّد» و مسلمانان.

۴- *مورد اجماع*

عنصر چهارم اجماع مورد آن است. مورد اجماع باید مسئله‌ای از مسائل دینی باشد، اعم از اصول دین یا فروع و احکام آن. مسائل دیگر مانند مسائل عقلی، مباحث لفظی و امور عادی نمی‌توانند مورد اجماع باشند. و نمی‌توان با اجماع بر آنها استدلال کرد[۲]. مثلاً برای اثبات حجیّت قول لغوی نمی‌توان به اجماع استناد کرد[۳] چون بحثی لفظی است.

باید توجه داشت که در مسائل اصول فقه مانند حجیت داشتن خبر واحد و امثال آن، می‌توان از اجماع کمک گرفت.

۱۷۶- مدرك حجیّت اجماع

مدرك حجیّت اجماع را در مذهب شیعه و مذاهب سنّی جداگانه بررسی می‌کنیم.

الف - در مذهب شیعه: حجّت بودن اجماع در مذهب شیعه به واسطهٔ کشف از قول

۱- ***قوانین الاصول***، میرزای قمی، جلد اوّل، صفحهٔ ۳۴۶ و ۳۷۶.

۲- مأخذ پیش.

۳- ***اصول المظفر***، محمدرضا مظفر، ج ۲، ص ۱۴۱.

معصوم است و چون حجیّت قول معصوم امری مسلم و قطعی است در این زمینه بحثی باقی نمی‌ماند. آنچه می‌ماند دو چیز است: یکی اینکه اجماع چگونه کاشف از قول معصوم است؟ و دیگر آنکه به فرض اینکه حجیّت اجماع به واسطهٔ کشف از قول معصوم باشد، دیگر نمی‌توان آن را دلیلی جداگانه در برابر قرآن و سنت به شمار آورد، بلکه قسمتی از سنت خواهد بود. و حال آنکه اجماع دلیلی جداگانه شمرده شده و سوّمین دلیل استنباط احکام به شمار می‌رود. ذیلاً به بیان این دو مطلب می‌پردازیم:

مطلب اول – چگونه اجماع کاشف از قول معصوم است؟ در بیان نحوهٔ کشف اجماع از قول معصوم، سه روش مشهور است:

روش اول – بنابر این که اجماع را به «اتّفاق امّت» تعریف کنیم، چنان که گفته‌اند، معصوم (ع) نیز از بزرگان امّت است و فرض اتّفاق امّت مستلزم این است که او هم همراه و هم‌عقیده با دیگران باشد وگرنه اتّفاق امّت تحقق نیافته است. این روش را صاحب فصول به علامهٔ حلّی نسبت داده است[1] و مورد اشکال قرار گرفته به این صورت که اجماع به روش شیعه مستلزم اتّفاق امّت نیست، بلکه اتفاق اهل حلّ و عقد یعنی اتفاق فقهاست.

روش دوّم – شیخ طوسی در عدّةالاصول در بحث حجیّت اجماع روشی برای کشف اجماع از قول معصوم برگزیده که مبتنی بر قاعدهٔ وجوب لطف است و به همین دلیل این روش را اجماع لطفی گویند. قاعدهٔ وجوب لطف، از قواعد علم کلام است. در تعریف لطف متکلمان گفته‌اند: لطف چیزی است که انسان را به فرمان‌برداری از خدا نزدیک و از نافرمانی او دور کند[2]. و خلاصه‌اش این که تأسیس شرایع برای راهنمایی بشر به راه راست، لطفی است از طرف خدای بزرگ بر بندگان، و خودداری از این لطف قبیح است. تحقق لطف در موردی که ادعای اجماع می‌شود، به این صورت است که اگر اجماع برخلاف حق باشد امام شخصاً یا توسط یکی از علما مردم را به راه راست و عقیدهٔ درست راهنمایی فرماید. این روش به اَشکال دیگر نیز بیان شده که از ذکر آنها برای رعایت اختصار خودداری می‌شود.

ولی به هر نحو بیان شود مورد قبول علمای دیگر قرار نگرفته است و در رد آن می‌گویند قاعدهٔ وجوب لطف اگرچه به جای خود درست است ولی اگر ما خود سبب شده باشیم که انجام آن غیرمقدور شود تقصیر از خود ماست. غیبت امام ناشی از رفتار بد مسلمانان است واز این‌رو نمی‌توان به قاعدهٔ لطف استناد کرد و انتظار داشت که امام معصوم در هر مورد در اجماعات

۱– ***فصول فی الاصول***، شیخ محمدحسین بن عبدالرحیم، جلد دوّم، در اجماع.

۲– ***باب حادی‌عشر***، علامه حلّی، فصل چهارم، مبحث پنجم.

مداخله کند. خواجه نصیرالدین طوسی، در تجریدالعقاید که کتاب باارزشی در علم کلام است، دراین مورد می‌نویسد: ***«وُجُودُهُ لُطْفٌ وَ تَصَرُّفُهُ لُطْفٌ آخَر وَ عَدَمُهُ مِنّا»*** و این عبارت موجز بیان فاضلانه همین جواب است[1].

روش سوّم - روش حدسی یا استنتاجی است که بیشتر محققان اصولی به آن معتقدند و میرزای قمی[2] به شرح آن پرداخته و خلاصه آن این است که: هرگاه علما و بزرگان دین بر مسأله‌ای اتّفاق کنند و وحدت نظر داشته باشند، به حکم عقل و عادت می‌توان پی برد که این نظر منطبق بر حقائق و واقعیات دین است، عقیده‌ای است درست و امام و پیشوای مذهب نیز با آن موافق است. برای مثال هرگاه دانشجویان مکتب استادی در مسأله‌ای همه یك جور فکر کنند و یك عقیده داشته باشند می‌توان فهمید که استاد آنان آن عقیده را داشته و آن عقیده وسیلهٔ استاد بیان و توضیح گردیده. این طریق با وجود اشکالاتی که بر آن وارد شده بهتر از دو طریق پیش است.

مطلب دوم - چگونه می‌توان اجماع را دلیل مستقلی دانست و حال آن که، حجیّت آن در مذهب شیعه به لحاظ کشف از قول معصوم است نه به خودی خود؟

پاسخ این پرسش را در قوانین میرزای قمی می‌توان یافت[2]. او می‌نویسد اجماع با این که به لحاظ کشف از قول معصوم حجّت است، ولی خود قول معصوم نیست و تفاوت آنها به اجمال و تفصیل است. به این معنا که خبر، قول معصوم است و می‌توان گفت الفاظ آن را امام یا پیغمبر گفته و معنای آن، منظور او بوده است و هرگونه دلالت و لوازمی که داشته باشد قابل انتساب به اوست. در حالی که در اجماع چنین نیست نمی‌توانیم بگوئیم معصوم (ع) چه گفته است و چیزی را به طور معین به او نسبت دهیم. بلکه به اجمال می‌توانیم بگوییم امام یا پیغمبر با مفاد اجماع موافق است. به همین دلیل نمی‌توان از اجماع عموم و اطلاق گرفت.

پاسخ دیگری که از خلال گفته‌های صاحب فصول، در این مقام، فهمیده می‌شود این است که بگوئیم: کاشف از قول معصوم خود حجّت است مثل قول معصوم. به عبارت دیگر سنّت حجّت است چون قول یا فعل یا رفتار معصوم است و اجماع حجّت است چون کاشف است از قول معصوم و این وصف کاشف بودن خود بدان حجیّت بخشیده است؛ معلوم است که کاشف از چیزی با خود آن یکی نیست، بلکه چیزی دیگر است جز آن و مستقل از آن است.

ب - در *مذاهب اهل سنت:* علمای اهل سنت برای حجیّت اجماع به دلائل متعددی استناد

۱- ***تجریدالعقائد***، خواجه نصیر الدین طوسی، مبحث امامت.

۲- ***قوانین‌الاصول***، میرزای قمی، جلد اوّل، چاپ عبدالرحیم، صفحهٔ ۳۵۴ و صفحهٔ ۱۳ و ۱۴.

کرده‌اند از جمله:

اوّل - آیات قرآنی، مانند: «*وَ مَنْ یُشاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ ماتَبَیَّنَ لَهُ‌الْهُدیٰ وَ یَتَّبِعْ غَیْرَ سَبیلِ الْمُؤْمِنِینَ نُوَلِّه ماتَوَلّیٰ وَ نُصْلِه جَهَنَّمَ*[۱]» توجیه استدلال این است که چون پیروی از چیزی که سبیل و طریق مؤمنین نباشد مورد مؤاخذه قرار گرفته پس پیروی از سبیل و طریق مؤمنن واجب است و معلوم است که اجماع مسلمانان طریق و سبیل ایشان بوده، مشمول آیه می‌باشد.

و آیهٔ دیگر: «*فَإِنْ تَنازَعْتُمْ فی شَیْئٍ فَرُدّوُهُ إِلَی اللّهِ وَالرَّسُولِ...*[۲] منطوق آیهٔ دلالت دارد بر اینکه واجب است که درمورد تنازع و اختلاف به خدا و پیغمبر رجوع شود و مفهوم آیه این است که اگر در چیزی تنازع و اختلاف نباشد، و به عبارت دیگر اتّفاق نظر بین مسلمین وجود داشته باشد، رجوع به خدا و پیغمبر لازم نیست و پیروی از همان اتّفاق‌نظر لازم می‌باشد.

دوّم - احادیث و اخبار، مانند خبر نبوی (ص) «***لٰا تَجْتَمِعُ أُمَّتی عَلَی‌الخَطاءِ اوعلی الضَّلالَةِ***». واخبار دیگر که به عقیدهٔ غزالی به تواتر رسیده است.

سوّم - دلیل عقلی، بدین بیان که عادتاً محال است همهٔ دانشمندان بدون دلیل قاطع بر امری اجماع کرده، وحدت نظر پیدا کنند. پس هرگاه همهٔ آنها بر مسئله‌ای توافق کنند به حکم عقل، پیروی از نظر و عقیدهٔ آنها واجب است.

در اثبات و نفی دلالت هر یك از این ادله بحث و گفتگو زیاد است. اجمال قول آنکه قوی‌ترین دلیل اجماع همانا اخبار است و بعد آیات و ضعیف‌ترین آنها دلیل عقلی است.

۱۷۷ - نظریهٔ عصمت امّت

برخی از علمای اهل تسنن[۳] ملاك حجیّت اجماع را عصمت امّت می‌دانند و این را نعمتی خاص امّت محمّد دانسته که به تقاضای پیغمبر اکرم به این امّت اعطا گردیده. منظور از نظریهٔ عصمت این است که، به طوری که از احادیث و اخبار استفاده می‌شود، خدای تعالی نمی‌گذارد امّت پیغمبر اسلام همگی به راه خطا روند و این لطفی است از طرف خدا خاصّ این امّت که به تقاضای پیغمبر اکرم (ص) اعطا شده است.

انتقاد از نظریهٔ عصمت - این نظریه از جهت عقلی مورد انتقاد قرار گرفته است. چه، امّت محمّد(ص) مجموع افراد پیرو دین او را گویند و چنانکه ممکن است هر فردی اشتباه کند و به خطا رود، ممکن است جمع آنها نیز اشتباه کنند و به خطا روند و مانعی عقلی برای این امر وجود

---

۱ و ۲- سورهٔ نسا آیهٔ ۱۱۵ و ۵۹.

۳- **مستصفی**، غزالی، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۷۵به بعد.

ندارد[۱]. پاسخ این انتقاد را بعضی چنین داده‌اند که این معنا از احادیث فهمیده می‌شود و لطف و کرامتی است بر این امّت. هر چند عقلاً امکان دارد که جمع افراد هم اشتباه کنند و به خطا روند ولی به طوری که از احادیث فهمیده می‌شود دربارهٔ این امّت خدا نمی‌گذارد چنین شود[۲].
برخی دیگر مثل غزالی جواب این اشکال را چنین داده‌اند که این امر اگرچه عقلاً محال نیست، ولی عادتاً محال است که همهٔ علما و صاحبنظران مسائل دینی در مسأله‌ای وحدت نظر داشته باشند و به خطا رفته باشند.

۱۷۸- *چگونگی اثبات اجماع*

لزوم اتّفاق امّت برای تحقق اجماع موجب شده که برخی تصوّر کنند این اتّفاق فقط در زمانی که تعداد مجتهدین کم و قابل دسترسی بوده‌اند قابل تصوّر است و در زمانهای بعد که علم فقه توسعه یافته، مجتهدین رو به افزایش نهاده و در شهرها و کشورهای اسلامی پراکنده شده‌اند، تحقق چنین شرطی مورد تردید است و در نتیجه اجماع را غیرممکن دانسته‌اند[۳].
برخی دیگر این مطلب را به بیان دیگر گفته‌اند: اینان می‌گویند اگرچه اتّفاق امّت حتّیٰ در این زمانها امکان عقلی دارد، ولی اطّلاع یافتن از تحقق چنین اتّفاقی عادتاً ممکن نیست[۴]. با این همه، بزرگان اصول معتقدند که اجماع در این ادوار هم ممکن است و هم می‌توان بر آن اطلاع یافت[۵]. زیرا توسعه فقه، افزایش فقهاء و پراکنده بودن آنها گرچه درست است، ولی ارتباطات جمعی و اطلاعات عمومی نیز توسعه یافته است و توسعهٔ ارتباطات جمعی و اطلاعات عمومی اثر این مانع را از بین برده است.

۱۷۹- *روش پی بردن به وجود اجماع - اقسام اجماع*

روش پی بردن به وجود اجماع دو گونه است: تحصیل اجماع و نقل اجماع.
روش تحصیل اجماع - این طریقه چنین است که مجتهدی که در صدد تحقیق و بررسی مسئله یا مسائلی است، با بررسی آراء و فتاوای علمای دیگر اتّفاق علما را در آن مسئله یا مسائل دریابد، هرچند به کمك قرائن باشد. مثلاً هرگاه برخی اشاره به وجود اجماع کرده باشند و

---

۱ و ۲- **مستصفی**، غزالی، ج ۱، ص ۱۷۵ به بعد.
۳- ***الفقه‌الاسلامی فی ثوبه‌الجدید***، مصطفی‌الرزقا، جلد اوّل، چاپ هشتم، صفحهٔ ۷۳.
۴- صاحب معالم در بحث اجماع معتقد است که اجماع‌هائی که پس از شیخ طوسی ادعای تحقّق آن شده شهرت است نه اجماع.
۵- ***قوانین و فصول***، در مبحث اجماع.

مجتهد محقق با این سابقه به تحقیق بپردازد و به تحقق اتّفاق آرا و اجماع پی ببرد چنین روشی را روش تحصیل اجماع و اجماع تحصیل شده را «اجماع محصل» خوانند. بدیهی است تحصیل اجماع در زمانهای قدیم که تعداد علماکمتر بوده و بیشتر در شهرهای معیّن یعنی مراکز علمی و دینی متمرکز بوده‌اند، به مراتب آسانتر بوده است. هر چه تعداد بیشتر شده و پراکنده‌تر شده‌اند تحصیل اجماع دشوارتر شده، بدون اینکه بخواهیم بگوئیم غیرممکن گردیده است.

نقل اجماع - این روش شایع‌تر و آسان‌تر است و آن، چنین است که مجتهدی که در صدد بررسی مسئله یا مسائلی است به وجود اجماع از طریق نقل علمای دیگر که موثق و عادل باشند مطلع شود. چنین اجماعی را «منقول» گویند. اجماع منقول بر دو قسم است: متواتر و واحد.

اجماع منقول متواتر - هرگاه تعداد زیادی که عادتاً تبانی آنها بر دروغ محال باشد، تحقق اجماعی را نقل کرده باشند آن را اجماع منقول متواتر خوانند و چنین اجماعی مسلماً حجّت است.

اجماع منقول به خبر واحد - هرگاه سلسلهٔ راویان و ناقلان اجماع به حدّ تواتر نرسد آن را اجماع منقول به خبر واحد خوانند و در حجیّت چنین اجماعی نزد کسانی که خبر واحد را حجت می‌دانند اختلاف است. آنچه محققان برآنند این است که اگر خبر واحد را حجّت بدانیم فرقی نمی‌کند که مفاد و محتوا و منقول آن سنت پیغمبر و معصومان باشد یا اجماع، هر دو حجّت خواهند بود[۱].

در پایان گفتار باید دانست که هرگاه خبر واحد حاوی اجماع همراه با قرائنی باشد که درستی آن را تأیید کند قبول آن مورد اتفاق اصولیین است.

اجماع و سیره

نوع دیگر اجماع، اجماع قولی و اجماع عملی است. اجماع عملی را سیره گویند.

۱۸۰ - مقایسهٔ اجماع با عقاید علمای حقوق و با مراجعه به آراءِ عمومی

به طوری که می‌دانیم در حقوق، عقاید علمای حقوق (دکترین) را یکی از منابع حقوق می‌دانند[۲]. آیا می‌توان میان این اصطلاح در حقوق جدید و اصطلاح اجماع در حقوق قدیم نسبتی سنجید؟ آیا بین این دو شباهتی وجود دارد؟ آیا هر دو یکی نیستند؟ و اگر اجماع را

۱- **مسالک**، شهید ثانی، ج ۱، چاپ ۱۳۱۰ قمری، ص ۴۵۰.

۲- **حقوق بین‌الملل خصوصی**، دکتر محمد نصیری، صفحهٔ ۱۳.

چنانکه غزالی تعریف کرده «اتفاق امّت محمّد...» در نظر بگیریم آیا شباهتی با اصطلاح مراجعه به آراء عمومی (رفراندوم) پیدا نمی‌کند؟ بی‌مناسبت نیست مختصری در این دو مطلب گفتگو کنیم.

اجماع شباهت زیادی به اصطلاح عقاید علمای حقوق دارد ولی ارزش آن (اجماع) بیشتر از این است. یعنی قدرت اثباتی اجماع بیشتر از عقاید علمای حقوق است. در تعریفی که علمای شیعه از اجماع کرده‌اند، دیدیم که آن را اتفاق مجتهدین نامیده‌اند و بعضی علمای اهل تسنن مانند فخررازی[1] نیز آن را اتفاق اهل حل و عقد خوانده است. به خوبی روشن است که تعبیرات: مجتهدین، اهل حل و عقد، صاحب فتوا و غیره در اصطلاح اصولیین و فقهاء معادل اصطلاح «علمای حقوق» در حقوق امروزی است و بنابراین می‌توان گفت اجماع ماهیتاً همین اصطلاح جدید عقاید علمای حقوق است اگر همه در مسأله‌ای متّفق‌العقیده باشند. لکن اثر و ارزش اجماع در حقوق اسلامی به مراتب بیشتر از اثر و ارزش عقاید علمای حقوق در حقوق جدید است. چه، می‌دانیم که عقایدعلمای حقوق صرفاً جنبهٔ مشورتی دارد، به طور مستقیم نمی‌تواند منشاءِ ایجاد حق شود و قدرت قانونی ندارد. در حالی که اجماع در صورت تحقق، در حقوق اسلامی قدرت قانونی داشته منشاءِ تکلیف و حق می‌باشد. این شباهت بین اجماع و عقاید علمای حقوق حتّیٰ در تعریفی که غزالی از اجماع کرده است وجود دارد: او اجماع را به اتّفاق امّت محمّد تعبیر کرده که به ظاهر با عقاید علمای حقوق فرق دارد. زیرا همهٔ امّت محمّد(ص) عالم حقوق نیستند. ولی با تجزیه و تحلیلی که غزالی در این مقام دارد و شرح آن گذشت، او می‌گوید منظور از امّت محمّد(ص) فقط مجتهدین صاحبنظر در مسائل دینی هستند. و با این تجزیه و تحلیل، تفاوتی بین تعریف غزالی و دیگران باقی نمی‌ماند و اجماع به تعریف همهٔ اصولیین شباهت کلّی با اصطلاح عقاید علمای حقوق پیدا می‌کند. البته در صورتی که علمای حقوق در مسأله‌ای متّفق‌العقیده باشند.

اجماع به تعریف غزالی شباهتی با اصطلاح مراجعه به آراءِ عمومی هم پیدا می‌کند. به طوری که گذشت، غزالی اجماع را به اتّفاق امّت محمّد(ص) تعریف می‌کند و می‌گوید در بعضی مسائل که عوام می‌توانند نظر و عقیده داشته باشند این تعریف شامل آنها هم می‌شود و نظر آنها هم در تحقق و عدم تحقق اجماع مؤثر است. در این صورت به خوبی واضح است که اجماع معادل مناسبی است برای اصطلاح مراجعه به آراءِ عمومی. چنانکه در مسأله جانشینی پیغمبر اهل تسنّن مدعی تحقق چنین اجماعی هستند.

۱- به نقل کتاب ***فصول***، در تعریف اجماع.

۱۸۱- نمونه‌هائی از اجماع

اجماع دلیل اثبات بسیاری از احکام است. یك بررسی کوتاه در متون فقهی کافی است که شواهد فراوانی بر این مطلب نشان دهد و ذیلاً به چند نمونه از آن اشاره می‌شود:

۱- اجماع سقیفهٔ بنی‌ساعده برای تعیین خلیفه و جانشین پیامبر پس از رحلت آن حضرت (ص) که شرح آن در همهٔ کتب تواریخ اسلامی مضبوط است. این اجماع از طریق اهل تسنن بوجود آمده.

۲- ارث بردن پسرعموی ابوینی با وجود عموی پدری در مذهب جعفری.

۳- حَجْب برادران و خواهران پدر و مادری و برادران و خواهران پدری از ارث مادر متوفا به شرحی که در کتاب ارث آمده است[۱].

۴- صحت عقد «استصناع» یعنی بیع مصنوعات پیش از ساخته شدن آنها. چون بیع معدوم علی‌القاعده باطل است ولی به اجماع علمای اهل سنت چنین بیعی صحیح است[۲]. شیعهٔ جعفری آن را از باب بیع کلّی صحیح می‌دانند.

۵- هرگاه کسی دوبار حدّ بر او اقامه شده باشد، بار سوّم یا بار چهارم کشته می‌شود. ولی در هر حال این حکم مختص به مجرمی است که قبلاً دو یا سه بار حدّ بر او جاری شده باشد وگرنه اجماعاً کشته نمی‌شود. ظاهراً تنها دلیل حکم اخیر اجماع است (جواهر و مسالك، باب حدود، حدّ زنا).

۶- عدم لزوم مالکیت حاصل از معاطات[۳].

۷- اجماع بر لزوم صیغه در عقود[۴].

۸- اجماع بر لزوم تنجیز در عقود[۵].

۹- اجماع بر ضمان مثل درمثلی و بر ضمان قیمت در غیرمثلی[۶].

۱۰- اجماع بر انحصار مذاهب اسلامی در چهار مذهب اهل تسنّن به عقیده آنها.

۱۱- اجماع بر انحصار جواز مضاربه با درهم و دینار فقط[۷].

۱۲- اجماع بر حرمت نکاح زانیه بر زانی هرگاه شوهردار یا در عدهٔ طلاق رجعی بوده، و

---

۱ و ۲ - ***الفقه‌الاسلامی فی ثوبه‌الجدید***، مصطفی الزرقا، جزءِ اوّل، صفحهٔ ۷۲.

۳- **مکاسب**، شیخ انصاری، جلد ششم، صفحهٔ ۱۹۲.

۴و۵- ***همین مأخذ***، جلد هفتم، صفحهٔ ۷ و ۱۱۷ و ۲۱۵ به ترتیب.

۶و۷- ***شرح لمعه***، شهید ثانی، ج ۱، ص ۳۴۱.

عدم حرمت نکاح در غیر این موارد[1].

۱۳- اجماع بر حرمت تقلید میت[2].

۱۸۲-ارزش اثباتی اجماع -اجماع مَدْرَکی (به فتح میم و راء)

اجماع را دلیلی مستقل در عداد سایر ادله استنباط احکام مانند کتاب و سنّت شمرده‌اند. باید توجّه داشت که گاهی از کتاب یا سنّت دلیلی برای اثبات حکم مسأله‌ای وجود دارد و در نتیجه همهٔ فقها بر آن حکم اتّفاق‌نظر پیدا می‌کنند و به اصطلاح اجماع تحقق می‌یابد. ولی گاهی چنین نیست و دلیلی برای اثبات حکم مسأله وجود ندارد، با این حال اجماع بوجود آمده است. اجماع نوع دوّم ارزش اثباتی بیشتر دارد و در این صورت به درستی می‌توان آن را در شمار دیگر ادلهٔ استنباط ذکر کرد. ولی اجماع نوع اوّل را نمی‌توان دلیلی مستقل از ادلهٔ دیگر دانست، زیرا فرض این است که مستند حکم مسأله کتاب یا سنّت است. این نوع اخیر را اجماع مدرکی گویند. بنابراین اجماع مدرکی دلیلی مستقل نیست.

منظور این است که اجماع مدرکی مستقلاً دلیل اثبات حکم نمی‌باشد. نه اینکه اجماع نباشد یا حجت نباشد.

از نمونه‌های یاد شده در شمارهٔ پیش نمونهٔ دوم و سوم اجماع مدرکی است و از پنجم تا سیزدهم اجماع غیرمدرکی و مستقل است زیرا یا دلیل سمعی ندارند یا دلیل سمعی آنها کامل نیست.

۱۸۲/۱-از اجماع نمی‌توان اطلاق و عموم گرفت

غالباً در کتاب‌های فقهی و اصولی می‌خوانیم که: اجـماع دلیـلی است «لُبّی» و اطـلاق ندارد. لبّ: به ضم لام و تشدید باء، به معنای عقل است. و در قرآن مجید آمده است: «... یـا اولی‌الالباب» یعنی: ای خردمندان. ولی منظور از دلیل لبّی در ایـنجا دلیـل «غـیرلفظی» است. توضیح آنکه گاهی دلیل حکمی آیه‌ای از قرآن یا روایتی از معصوم (ع) یا ماده‌ای از قانون است که دلیلی لفظی است و گاهی دلیل حکمی عقل، اجماع، قیاس یا مانند آن است که دلیلی است «غیرلفظی». پس «لبّی» دراینجا اعم است از «عقلی».

۱- **جواهرالکلام**، کتاب نکاح، فصل حرمت نکاح با محارم.

۲- **رساله اجتهاد وتقلید**، شیخ انصاری، از ملحقات مکاسب.

پس از این توضیح می‌گوئیم منظور از عنوان مطلب این است که هرگاه دلیل حکمی اجماع باشد نمی‌توان از آن اطلاق یا عموم گرفت که موارد شک را مشمول اطلاق یا عموم آن دانست. بلکه باید اجماع را در حد قدر مسلم و قدر متیقن به کار برد و برای موارد شک از اصول یا ادله دیگر کمک گرفت. برخلاف آنکه دلیل حکم دلیل لفظی باشد که می‌توان از عموم یا اطلاق آن استفاده کرد. مثلاً آیه شریفه: «اَحلّ اللّهُ البیعَ و حَرّم الربوا» دلیلی لفظی است و «البیع و الربوا» هر دو مطلق هستند و از اطلاق آنها استفاده می‌کنیم. ولی در مسأله تقلید میت دلیل مسأله اجماع است بر این که تقلید میت درست نیست. اما آیا می‌توان نسبت به بقاءِ بر تقلید میت هم از دلالت این اجماع کمک گرفت؟ خیر. بلکه باید بر قدر متیقن اکتفا کرد و آن تقلید ابتدائی است نه استمراری[1].

۱- *انوارالاصول*، مکارم، ج ۳، ص ۶۱۶.

دلیل چهارم - قیاس

۱۸۳- تعریف قیاس

قیاس در لغت به دو معنا به کار رفته است: یکی سنجش و اندازه‌گیری و دیگری مساوات و برابری. لکن معنای اوّل بیشتر شایع است. مقیاس به معنای وسیلهٔ اندازه‌گیری نیز از همین معنای اول است.

معنای اصطلاحی قیاس که در فقه و اصول به کار می‌رود به معنای دوّم نزدیکتر است تا به معنای اوّل آن و حتیٰ آمدی مؤلف کتاب *الاِحکام* آن را به «برابری بین فرع و اصل در علّت حکم» تعریف کرده است[۱].

در اصطلاح اصول تعریف‌های زیادی برای قیاس شده که علاوه بر تعریف پیشین به نقل دو مورد آنها اکتفا می‌شود. صاحب معالم[۲] آن را چنین تعریف کرده است: قیاس عبارت است از حکم بر معلومی به مانند حکمی که برای معلوم دیگری ثابت است به واسطهٔ مشترك بودن آن دو، در علّت حکم. قاضی بیضاوی[۳] درکتاب منهاج آن را چنین تعریف نموده است: ***«هُوَ حَمْلُ مَعْلُومٌ عَلی مَعْلُومٍ فی اِثْباتِ حُکْمٍ لَهُمٰا اَوْ نَفْیِهِ عَنْهُمٰا بِاَمْرٍ جٰامِعٍ بَیْنَهُمٰا»***. یعنی: بارکردن حکم موضوع معلومی بر موضوع معلوم دیگر یا نفی حکم یکی از دیگری به واسطهٔ چیزی که میان آن دو وجود دارد.

به زبان ساده هرگاه بین دو موضوع شباهتی وجود داشته باشد و حکم یکی از آنها معلوم باشد، مقایسه کردن دیگری را با آن و اثبات حکم آن را برای این، قیاس گویند.

۱- *الاِحکام فی اصول‌الاَحکام*، آمدی، جلد سوّم، صفحهٔ ۶.

۲- *معالم*، شیخ حسن، در حجیّت قیاس.

۳- *منهاج‌الوصول الی علم‌الاصول*، قاضی بیضاوی، در مبحث قیاس.

۱۸۴- عناصر قیاس[1]

۱- موضوعی که حکمش معلوم است و اصطلاحاً آن را «اصل» یا مقیس‌علیه گویند؛
۲- حکم اصل؛
۳- موضوعی که حکمش مجهول است واصطلاحاً آن را «فرع» یا مقیس گویند و
۴- سبب حکم که در هر دو موضوع وجود دارد و اصطلاحاً آن را «جامع» یا علّت گویند.

اما حکمی که مجهول و مطلوب است، یعنی حکم فرع، نتیجهٔ قیاس است نه عنصر آن.

برای روشن شدن مطلب مثال‌هائی می‌آوریم:

مثال اوّل - می‌دانیم مداخله کردن در بیعی که کسی انجام داده شرعاً ممنوع است و حدیثی داریم که «*لایَحِلُّ لِلمؤمِنِ... اَن یَبْتاعَ عَلیٰ بَیْعِ اَخیهِ...*». یعنی: حلال نیست برای مسلمان که آنچه را مسلمان دیگر خریده است او خریداری کند. آنچه از این حدیث فهمیده می‌شود حکم بیع است ولی آیا حکمِ مداخله در اجارهٔ دیگری هم همین است؟ نمی‌دانیم. چون حدیث شامل آن نمی‌شود. مگر اینکه علّت حکم اوّل را استنباط کرده، مثلاً بگوئیم علّت ممنوع بودن مداخله در بیعِ کسی این است که این کار موجب بالا رفتن قیمت مورد معامله شده، در نتیجه به زیان مشتری تمام خواهد شد. و بعد بگوئیم همین علّت در اجاره نیز وجود دارد، یعنی اگر کسی در اجارهٔ دیگری مداخله کند و به قول عوام «روی دست او در آید» نرخ اجاره‌بها را بالا برده موجب ضرر مستأجر خواهد شد. و نتیجه بگیریم که: بنابراین مداخله در اجارهٔ دیگران هم ممنوع است. در این مثال بیع را اصل، اجاره را فرع، بالا رفتن نرخ را جامع و ممنوع بودن را حکم گویند.

مثال دوّم - به موجب احادیث رسیده، در شرع اسلام قاتل از ارث مقتول محروم است. بدین معنا که هرگاه بین دو نفر قرابت باشد به طوری که در صورت فوت یکی، دیگری وارث او شود، هرگاه وارث مورث را بکشد از ارث محروم می‌شود. این حکم را قانون مدنی نیز پذیرفته و مادهٔ ۸۸۰ آن قانون چنین است: «قتل از موانع ارث است بنابراین کسی که مورث خود را عمداً بکشد از ارث او ممنوع می‌شود...» حال اگر موصیٰ‌له، موصی را بکشد حکم چیست؟ در این مورد دلیل و بیانی نرسیده. آیا می‌توان به قیاس بر ارث موصی‌له را محروم دانست و آن را چنین توجیه کرد که علّت محرومیت از ارث طمع به مال مورث و تسریع در مرگ او بوده است و همین علّت در مورد دوّم هم وجود دارد؟ در این قیاس قتلِ مورث «اصل»، قتل موصی «فرع»، کشتن دیگری به طمع مال او «جامع» و محرومیت «حکم» نامیده شود.

۱- ***فصول فی‌الاصول***، ج ۲، چاپ ۱۲۸۶ قمری، بدون شمارهٔ صفحه.

۱۸۵- شرائط قیاس

شرائط قیاس متعدد است: برخی مربوط به «اصل»، بعضی مربوط به «فرع» و پاره‌ای دربارهٔ علّت و «جامع» است. و ذیلاً به چند مورد آنها اشاره می‌شود.

۱- حکم «اصل» باید حکمی شرعی فرعی باشد اعم از حکم تکلیفی مانند مثال اوّل یا وضعی مانند مثال دوّم. بنابراین در اصول اعتقادات و در معانی الفاظ و کلمات، قیاس جاری نیست. برخی از نویسندگان حقوق[۱] قیاس را در حکم وضعی درست، ندانسته‌اند. این نظر فقط دربارهٔ پاره‌ای از احکام وضعی مثل سبب و شرط و مانع قابل قبول است نه بیشتر. مثلاً قیاس وصیت بر هبه برای اثباتِ شرطیتِ قبول و نیز قیاس آن بر وقف برای اثبات شرطیتِ قبض صحیح نیست. ولی در احکام وضعی دیگر مثل انتقال ملکیت در مثال دوم (محرومیت قاتل) قیاسی است درست منتها حجیت آن مورد گفتگوست.

۲- حکم اصل باید با دلیل قرآن یا سنت ثابت شده باشد نه با قیاس. زیرا اگر علّت موجود در قیاس اوّل در قیاس دوّم هم وجود داشته باشد، همان اصل اوّل مقیس‌علیهِ هر دو قرار می‌گیرد و اگر درقیاس دوّم علّت اوّل وجود نداشته باشد نمی‌توان حکم آن را ثابت دانست. درموردی که حکم اصل با اجماع ثابت شده باشد قیاس آن مورد اختلاف است[۲].

۳- اصل یا مقیس‌علیه نباید مستثنا باشد و به بیان دیگر هرگاه چیزی استثنا شده باشد، حکم آن خاص خود آن است و به موارد دیگر سرایت نمی‌کند. مثلاً ارث بردن پسر عموی پدری و مادری با بودن عموی پدری برخلاف اصل و قاعدهٔ ارث یعنی قاعدهٔ الاقرب فالاقرب است و بدین جهت نمی‌توان موردی دیگر را بر آن قیاس کرد (مادهٔ ۹۳۶ قانون مدنی) و نیز مادهٔ ۱۷ همان قانون در بیان اموالِ در حکم غیرمنقول به واسطهٔ تخصیص یافتن آن از طرف مالك به زراعت امری است برخلاف قاعده و نمی‌توان صنعت و بازرگانی را به آن قیاس کرد[۳].

مثال دیگر استثنای هدم و غرق در ارث، ماده ۸۷۳ ق.م. است.

این شرط، مشهور است ولی مراجعه به کتب علمای اهل تسنن که قیاس را حجّت می‌دانند خلاف آن را نشان می‌دهد. چه، آنها معتقدند که اگر مستثنا مشابهی داشته باشد قیاس

۱- **دانشنامهٔ حقوقی**، دکتر جعفری لنگرودی، جلد دوّم، چاپ دوّم، صفحهٔ ۵۱۰.

۲- ***علم اصول‌الفقه***، خلاّف، چاپ سوّم، صفحهٔ ۶۳.

۳- **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، جلد اوّل، صفحهٔ ۲۷ **و حقوق مدنی**، دکتر کاتوزیان، جلد اوّل، چاپ سوّم، صفحهٔ ۱۳۱.

در آن جاری است[۱].

۱۸۶- قیاس منطقی و فرق آن با قیاس اصولی و فقهی

قیاس در اصطلاح منطق و فلسفه[۲] به معنای دیگری به کار رفته. تعریفی که منطقیین از قیاس دارند چنین است: قیاس دلیلی است که از چند قضیه تألیف شده و ذاتاً مستلزم اثبات قضیهٔ دیگری باشد. مانند: انسان حیوان است، هر حیوانی جسم است، پس انسان جسم است و مثل: اجاره دادن ملك، تصرف مالکانه است و هر تصرف مالکانه‌ای دلیل مالکیت است، پس اجاره دادن ملك دلیل مالکیت است.

منطقیین در برابر اصطلاح قیاس دو اصطلاح دیگر هم دارند: یکی استقراء و دیگری تمثیل. برای روشن شدن تفاوت آنها می‌توان به زبان ساده گفت: قیاس استدلال از کلی بر جزئی، استقراء استدلال از جزئی بر کلّی و تمثیل استدلال از جزئی بر جزئی است.

در مثال‌هائی که برای قیاس گفته شده کبرای کلّی معلوم است و با استفاده از آن، حکم مجهول صغرای جزئی را پیدا می‌کنیم. مثلاً به موجب مادهٔ ۳۵ قانون مدنی می‌دانیم که تصرف مالکانه دلیل مالکیّت است. این کبرای کلّی معلوم است؛ حال با استفاده از آن، حکم جزئی و خاص اجاره را پیدا می‌کنیم.

در استقراء، که روش تحقیق در جزئیات است، از بررسی جزئیات موارد و مصادیق نتیجهٔ کلّی می‌گیریم. مثلاً در بررسی سرگرمی‌های دانشجویان می‌بینیم تا آنجا که تحقیق شده دانشجویان به مطالعهٔ آزاد بیشتر علاقه‌مندند تا به مطالعهٔ برنامه‌های درسی و نتیجه می‌گیریم که همهٔ دانشجویان به مطالعهٔ آزاد علاقه بیشتری دارند تا به مطالعهٔ دروس خود. با کمی دقّت معلوم می‌شود که این استدلال نمی‌تواند قطعی و موجب علم باشد.

در تمثیل یا تشبیه، حکم يك جزئی را می‌دانیم و نیز می‌دانیم که با جزئی دیگر شباهتی دارد و اگرچه حکم جزئی دوّم معلوم نیست ولی با کمك معلوماتی که داریم حکم دوّمی را هم پیدا می‌کنیم. چنانکه مثلاً می‌دانیم تلف شدن مبیع پیش ازتحویل دادن آن به خریدار موجب فسخ معامله می‌شود (مادهٔ ۳۸۷ قانون مدنی)، ولی قانون دربارهٔ تلف ثمن ساکت است. حال اگر بگوئیم مبیع وثمن هر دو مالی هستند مورد معامله و به همین مناسبت حکم اوّلی را به دوّمی نیز

۱- ***علم اصول الفقه***، خلاّف، چاپ سوّم، صفحهٔ ۶۴؛ ***اصول الاحکام***، دکتر کبیسی، صفحهٔ ۱۰۰ و اصول‌الفقه الاسلامی، دکتر بدران، صفحهٔ ۱۶۰.

۲- **منظومهٔ** سبزواری، در بحث قیاس.

سرایت دهیم این استدلال را در اصطلاح منطق و فلسفه تمثیل و تشبیه گویند.

مثالی دیگر - آیا اجازهٔ مکرَه کاشف است یا ناقل؟ قانون مدنی در این باره ساکت است. ولی در مورد مشابه یعنی معاملهٔ فضولی، برحسب مستفاد ازمادهٔ ۲۵۸ آن قانون، اجازهٔ مالك کاشف است. پس می‌توان به قیاس بر آن گفت اجازهٔ مکره نیز کاشف است[1].

به خوبی روشن است که آنچه را منطقی تمثیل می‌نامد، اصولی و فقیه قیاس می‌گوید. پس قیاس منطقی با قیاس اصولی و فقهی کاملاً متفاوت و مختلف است و لازم است که به این تفاوت اصطلاح توجّه خاص نمود. آنچه را منطقی قیاس می‌داند، اصولی و فقیه دلیلی معتبر و قطعی می‌شمارد و به نام «برهان» و «دلیل» از آن یاد می‌کند. استقراء در هر دو اصطلاح به یك معناست. تمثیل منطقی را در اصول قیاس می‌نامند و دربارهٔ حجیّت آن اختلاف است.

منطقیین هم تمثیل را دلیلی قطعی نمی‌دانند و دربارهٔ دلالت آن گفتگوی زیاد دارند و می‌توان در این مورد به کتب آنها بخصوص به (شرح مطالع) مراجعه کرد.

در این کتاب هر جا از قیاس نام برده می‌شود، منظور قیاس اصولی و فقهی است مگر اینکه خلاف آن تصریح شود.

۱۸۷ - اقسام قیاس

سیف‌الدّین آمِدی درکتاب «الاِحکام» در آغاز جلد چهارم، قیاس را از پنج جهت تقسیم کرده که از نظری به منصوص‌العله و مستنبط‌العله و از نظر دیگر به قیاس جلی و خفی تقسیم می‌شود و ذیلاً به شرح هر یك می‌پردازیم.

۱۸۷/۱ - قیاس منصوص‌العله

قیاس منصوص‌العله آن است که علّت حکم از زبان شارع فهمیده شود. مانند اینکه آیهٔ مربوط به حرمت شراب‌خواری و قماربازی این کارها را عملی شیطانی دانسته و آنها را حرام کرده و می‌توان گفت اقسام دیگر مسکرات نیز به همین علّت حرامند (مفاد آیهٔ ۹۰ از سورهٔ مائده).

۱- **حقوق مدنی**، دکتر کاتوزیان، جلد اوّل، صفحهٔ ۳۰۰.

مثالهای فقهی برای قیاس فراوان است و برای دست یافتن برنمونه‌های بیشتر می‌توان به کتاب ***الفقه‌الاسلامی فی ثوبه‌الجدید*** تألیف مصطفی‌الرزقا، جلد اوّل، چاپ هشتم، صفحهٔ ۷۷ به بعد مراجعه کرد.

و مثل اینکه از پیغمبر (ص) سؤال شده که آیا بیع رطب به خرما جائز است حضرت پرسیده است اگر خشك شود از وزن آن کاسته می‌شود؟ جواب می‌دهند: بلی. حضرت می‌فرماید در این صورت جائز نیست. از این گفت و شنود فهمیده می‌شود که علّت جائز نبودن این معامله نقصان وزن رطب است[۱].

در حقوق موضوعه می‌توان مادهٔ ۱۹۵ قانون مدنی را مثالی برای تصریح به علّت دانست و با آن قیاسی تشکیل داد. مادهٔ مزبور چنین است: «اگرکسی در حال مستی یا بیهوشی یا در خواب معامله نماید آن معامله به واسطهٔ فقدان قصد باطل است» و قیاس منصوص‌العله‌ای که می‌توان تشکیل داد چنین است: معاملهٔ مکره اگر به سرحدّ فقدان قصد برسد باطل است، به قیاس بر معاملهٔ مست و بیهوش و شخص خواب رفته و به استناد مادهٔ ۱۹۵ قانون مدنی که علّت بطلان معاملهٔ این عدّه را فقدان قصد دانسته است[۲].

مثال قیاس منصوص‌العله در فقه: در روایت آمده است که اگر وصیّ غائب باشد نمی‌تواند وصایت را ردّ کند، بدین علت که موصی از آن بی‌خبر است و نمی‌تواند دیگری را برگزیند. فقهای امامیه موردی را هم که ردّ و صایت به موصی ابلاغ شود ولی او امکان برگزیدن وصی دیگر را نداشته باشد به مورد روایت ملحق ساخته‌اند چون علت منصوص است[۳].

در حجیّت این نوع قیاس بین علمای شیعه اختلاف است: سیّدمرتضیٰ آن را حجّت ندانسته و دیگران آن را حجّت می‌دانند و محقق حلّی معتقد است اگر قرینه‌ای باشد که چیز دیگری جز همین علّت اثری در حکم نداشته، چنین قیاسی حجّت است وگرنه حجّت نیست. ورود در این اختلاف از حوصلهٔ این مختصر خارج است. آنچه لازم است در اینجا مورد توجّه قرار گیرد این است که بیشتر علمای شیعه این نوع قیاس را حجّت می‌دانند و استدلال آنها این است که در صورت تصریحِ شارع به علّت حکم در موردی، قضیه از صورت قیاس شرعی و تمثیل منطقی خارج شده به شکل قیاس منطقی درمی‌آید که دلالت آن عقلی و قطعی است و به فرض اینکه ظنّی هم باشد از قبیل ظن حاصل از دلالت الفاظ است که حجیّت آنها مسلّم می‌باشد[۴].

۱- ***اصول‌الفقه***، دکتر بدران، صفحه ۱۷۹. صاحب فصول برای قیاس منصوص‌العله شش نوع برمی‌شمارد. ***فصول فی‌الاصول***، محمدحسین بن عبدالرحیم، ج ۲، بدون شماره صفحه.

۲- **حقوق مدنی**، دکتر کاتوزیان، جلد اوّل، شماره ۲۸۶.

۳- ***مسالك‌الافهام***، شهید ثانی(ره)، کتاب وصیت، نظر چهارم در اوصیاء، ص ۴۱۴. چاپ ۱۳۹۹ قمری.

۴- ***قوانین‌الاصول***، میرزای قمی، جلد دوّم، صفحهٔ ۸۱ تا ۸۴، چاپ تفرشی.

۱۸۷/۲- *قیاس مستنبط‌العله*

قیاس مستنبط‌العله آن است که علیّت را از کلام شارع و قانونگذار نتوان فهمید بلکه عقل آن را درك و استنباط می‌کند. مانند دو مثالی که در شمارهٔ ۱۸۴ گذشت و مثال‌های زیر:

مثال سوّم - پیغمبر(ص) نهی فرموده است از قضاوت کردن به هنگام خشم و غضب: ***«لایَقضی‌القاضی و هو غضْبانٌ»*** آنچه عقل از این دستور استفاده می‌کند این است که قاضی در حال تشویش فکر و پراکندگیِ دل نباید حکم صادر کند[۱]. با استنباط این علّت می‌توان گفت قاضی در حال پریشان فکری ناشی از نابسامانی زندگی هم نباید قضاوت کند.

مثال چهارم - بر تحریم ربا در معاملهٔ گندم، جو، خرما و نمك دلیل داریم ولی علّت آن بیان نشده. فقها علّت آن را استنباط کرده‌اند. به نظر شافعی جامع بین اینها مطعوم یعنی خوردنی بودن آنهاست و سپس سایر خوردنی‌ها مثل برنج و ذرت را بر اینها قیاس کرده است[۲]. فقهای دیگر علل دیگری مثل یك جنس بودن و مکیل و موزون بودن را استنباط کرده‌اند و قیاس‌های دیگری تشکیل داده‌اند که زغال و آهن را هم فرا می‌گیرد.

مثال پنجم - حدیث دلالت دارد بر ولایت پدر نسبت به دختر صغیر باکره‌اش ولی معلوم نداشته «علّت» آن چیست؟ برخی از فقها علّت ولایت را صغر دانسته‌اند و صغیره بیوه را بر آن قیاس کرده‌اند. ولی برخی دیگر علّت را بکارت دانسته‌اند و کبیرهٔ باکره را بر آن قیاس نموده‌اند[۳].

آنچه بین شیعه و سنی مورد اختلاف است این نوع است. سنیان چنین قیاسی را حجّت می‌دانند در حالی که شیعیان آن را حجّت ندانسته عمل به آن را حرام می‌دانند. این مسأله از نظر شیعه ضروری و بدیهی است و اگرچه احادیثی نیز برای اثبات آن وجود دارد طرح و بحث آن احادیث لازم به نظر نمی‌رسد.

۱- ***دانشنامهٔ حقوقی***، دکتر جعفری لنگرودی، جلد دوّم، چاپ دوّم، صفحهٔ ۴۴۰.

۲- ***اصول‌الاحکام***، دکتر کبیسی، چاپ اوّل، صفحهٔ ۱۱۶.

۳- ***اصول‌الفقه‌الاسلامی***، دکتر بدران، صفحهٔ ۱۸۴.

۱۸۷/۳ - قیاس جلیّ (با تشدید یاء بر وزن علیّ)

قیاس جلی را تعریف کرده‌اند[1] به اینکه قیاسی است که قطعاً بدانیم جهات افتراق فرع و اصل تأثیری در حکم قضیه ندارد. مانند قیاس زن بر مرد در اثبات احکام آنها و قیاس ثمن بر مبیع از لحاظ احکام آنها و قیاس جواز وصیت برای کافر ذمی بر هبه برای او با در نظر گرفتن اینکه فارق آن دو که مرگ و زندگی وصی و واهب است تأثیری در تملیک ندارد[2].

قیاس اولویت از این قبیل است و مقصود از آن قیاسی است که علّت حکم در فرع قوی‌تر از اصل باشد. مانند اینکه در قرآن «اُفّ» گفتن به پدر و مادر تحریم شده و آیه به دلالت التزامی دلالت می‌کند بر اینکه علّت حرمت آن اذیّت و آزار است. این علّت در اهانت به آنها به صورت قوی‌تر و بیشتر وجود دارد پس اهانت به آنها هم به طریق اولیٰ حرام خواهد بود.

مثال حقوقی برای قیاس اولویت [3]

علاوه بر مثالهائی که دربحث مفهوم و منطوق برای قیاس اولویت ذکر شد (شمارهٔ ۸۷)، برخی از نویسندگان معاصر[4] مثال زیر را برای قیاس اولویت ذکر کرده‌اند:

مادهٔ ۱۲۱۸ **قانون مدنی** می‌گوید: «برای اشخاص ذیل نصب قیم می‌شود... ۳- برای مجانین و اشخاص غیررشید که جنون یا عدم رشد آنها متصل به زمان صغر آنها نباشد».

تشکیل این قیاس بدین بیان است: به موجب منطوق این ماده اگر کسی پس از رسیدن به سن کبر مجنون شود برای او قیم معین می‌شود. از این حکم فهمیده می‌شود که ولایت ولی قهری پس از زوال عود نمی‌کند. حال اگر وصایت وصی به علتی، مثل حجر او، منتفی شود و بعد، این علّت از بین برود آیا وصایت عود می‌کند؟ به اولویتی که در مورد ولی قهری وجود دارد می‌توان استناد کرد و گفت: چون ولایت قهری پس از زوال عود نمی‌کند، وصایت وصی هم به طریق اولیٰ در این فرض عود نمی‌کند.

۱- **قوانین الاصول**، میرزای قمی، جلد دوّم، صفحات ۸۷ تا ۹۲.

۲- **مسالک**، شهید ثانی، کتاب وصیت.

۳- (مواد ۲۰۳-۲۷۵-۳۱۵ و ۳۱۶ قانون مدنی. به این مواد مراجعه شود)

۴- **دانشنامه حقوقی**، دکتر جعفری لنگرودی، جلد دوّم، صفحات ۴۸۶ و ۴۸۷.

قیاس جلی منحصر به قیاس اولویت نیست، بلکه هر جا یقین به نفیِ تأثیرِ فارق داشته باشیم آن را قیاس جلی گویند[1].

به نظر می‌رسد قیاس جلی منحصر به قیاس منصوص‌العله هم نباشد، بلکه اعم از آن است هم منصوص‌العله را شامل می‌شود و هم برخی از مستنبط‌العله جلّی و واضح را. مانند اتحاد طریق و تنقیح مناط قطعی به شرحی که در شمارهٔ ۱۸۹ و ۱۹۰ خواهد آمد[2].

حجیّت قیاس اولویت - در حجیّت قیاس اولویت تردیدی نیست آنچه مورد بحث است این است که آیا حجیّت آن از باب قیاس است یا از باب مفهوم موافق و یا از باب منطوق.

علامهٔ حلّی آن را از باب قیاس جلّی دانسته، اکثر علمای حنفی و شافعی آن را مفهوم موافق، فحوای خطاب و لحن خطاب نامیده‌اند[3] و برخی می‌گویند چنین عبارات و ترکیباتی در عرف برای بیان حکم فرع به کار می‌رود و بنابراین این دلالت منطوق لفظ است. چون با فرض حجیّت چنین قیاسی بحث در کیفیّت حجیّت آن فایدهٔ چندانی ندارد، از ورود در آن خودداری می‌شود.

۱۸۷/۴ - *قیاس خفیّ (با تشدید یاء بر وزن علیّ)*

قیاس خفی آن است که به طور قطع ندانیم که جهات افتراق فرع و اصل تأثیری در حکم ندارد، بلکه ظن به عدم تأثیر آن حاصل شود. مثلاً می‌دانیم در موردی که کسی دیگری را عدواناً با شمشیر و آلات برندهٔ دیگر بکشد، با شمشیر قصاص خواهد شد. امّا در موردی که قتل به وسیلهٔ جسم سنگینی ایجاد شده باشد قطعاً نمی‌دانیم که کیفیت آلت قتل در حکم مسأله مؤثر است یا خیر و فقط ظن به عدم تأثیر آن داریم چنین موردی را قیاس خفی گویند[4].

۱- ***الاحکام***، آمدی، جلد چهارم، صفحهٔ ۳.

۲- صاحب فصول تصریح می‌کند که: «قیاس اولویت، تنقیح مناط و منصوص‌العله به واسطهٔ علم به علّت تامّه حجّت هستند». ***فصول فی‌الاصول***، شیخ محمدحسین بن عبدالرحیم، ج ۲، فصل علّت، بحث قیاس، بدون شماره صفحه.

۳- ***قوانین***، جلد دوّم، چاپ تفرشی، صفحات ۸۷ تا ۹۲.

۴- توضیح: اجرای حکم قصاص باید با شمشیر و زدن گردن باشد، حال اگر جرم با وسیله‌ای دیگر مانند سوزاندن

مثال دیگر برای قیاس خفی - بیشتر اصولیین خبر عدل واحد را قبول دارند. برای حجّیّت اجماع منقول با خبر واحد دلیلی نداریم. قیاس اجماع منقول بر خبر واحد قیاس خفی است[۱].
برای دیدن مثال‌های بیشتر به شمارهٔ ۲۳۱ مراجعه شود.

مثالی دیگر برای قیاس جلی و خفی - حکم آب نیم خوردهٔ پرندگان شکاری نجاست است به قیاس بر جانوران درنده، جامع و وجه اشتراک آنها نجاست گوشت آنهاست در مذهب حنفی، و یا طهارت است به قیاس بر آب نیم خورده انسان[۲]، جامع و وجه مشترک آنها این است که گوشت هیچ یک خوردنی نیست.

حجّیّت قیاس خفی - قیاس خفی به عقیدهٔ سنیان حجّت است و به عقیده شیعیان حجّت نیست.

۱۸۸ - اختلاف شیعه و سنی در مسئلهٔ قیاس

مسأله قیاس مهم‌ترین مسأله مورد اختلاف بین شیعه و سنی در علم اصول فقه می‌باشد. چه، در حالی که علمای سنی آن را چهارمین دلیل استنباط احکام و در ردیف قرآن و سنّت و اجماع آورده‌اند، علمای شیعه حرمت عمل به آن را از ضروریات مذهب شمرده‌اند. هر دو دسته به طور تفصیل دربارهٔ درستی نظریه خود، شرایط و ارکان و آثار و نتایج آن به بحث پرداخته‌اند. به طوری که در هر کتاب اصولی فصلی جداگانه بدان اختصاص یافته و در ضمن مباحث دیگر نیز کراراً به آن اشاره شده یا استناد گردیده است. ولی آیا اختلاف واقعاً عمیق است؟ به نظر می‌رسد این مسأله بیش از آنچه هست، بزرگ نشان داده شده. در روزگارانی که اختلاف شیعه و سنّی وسیلهٔ خوبی برای اغراض خصوصی، ملّی و سیاسی بوده است، پیدا

ادامه پاورقی از صفحه قبل

و غرق کردن و مانند اینها باشد آیا می‌توان آن را با شمشیر اجرا کرد؟ رجوع شود به جلد دوم ***قوانین‌الاصول*** میرزای قمی در قیاس.

۱- ***حقایق‌الاصول***، عبدالرحیم اصفهانی، باب قیاس.

۲- ***شرح فواتح الرحموت***، باب استحسان، و اسبوع الفقه‌الاسلامی.

کردن اختلافات و بزرگ نشان دادن آنها مسأله‌ای عمدی و حساب شده بوده است، مسأله حساب شده‌ای که برای دنیای اسلام و مسلمانان زیان‌ها به بار آورده است. مورد اختلاف دراین مسأله بسی ناچیزتر از آن است که بتواند موجب جدائی مسلمانان از یکدیگر شود و از نظر علمی از حدود یك اختلاف نظر معمولی تجاوز نمی‌کند. اختلاف در مسائل علمی امری معمول و پسندیده است و نباید به نام اختلاف مذهب، آتش کینه و دشمنی بین برادران مسلمان را با آن دامن زد.

چند عنوان دیگر را ذیلاً مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۱۸۹- تنقیح مناط قطعی - *قیاس به الغاء فارق*[۱]

تنقیح در لغت به معنای تهذیب، پیراستن و حذف زوائد است چنانکه گویند «تنقیح قوانین» یعنی تشخیص ناسخ و منسوخ و غیرمنسوخ قوانین و پیرایش آنها از قوانین نسخ شده. مناط در لغت محل آویختن و موضع تعلیق و در اصطلاح علم اصول فقه به معنای علّت است. بدین توضیح که «تنقیح مناط» به معنای تعیین علّت است.

این اصطلاح را محقق حلّی در کتاب معتبر به کار برده است. منظور از آن این است که قطعاً بدانیم علّت حکم، وصفی است معیّن و سایر اوصاف در آن دخالتی ندارند مثلاً هرگاه مورد سؤال مشخص و معلوم باشد روشن است که جواب ناظر به آن است و جهات دیگر مورد نظر نیست. محقق می‌گوید هرگاه بپرسند: «در حال نجاست نماز خوانده‌ایم تکلیف چیست؟» و در جواب بشنوند: «نمازت را دوباره بخوان»، به خوبی واضح است که علّت دوباره نماز خواندن چیزی جز نجاست تن و بدن نیست و خصوص شخص، نماز معیّن، هویت و اوصاف دیگر در مسأله مؤثر نمی‌باشد.

تنقیح مناط قطعی حجّت است[۲] ولی تنقیح مناط ظنی حجت نیست. چون قطع به طور ذاتی حجت است و حجیت ظن باید از سوی شارع و قانونگذار تصریح شود و در مورد تنقیح

۱- در **دانشنامهٔ حقوقی** تألیف دکتر جعفری لنگرودی قیاس تحت عنوان تنقیح مناط مورد بحث مفصل قرار گرفته است.

۲- ***انوارالاصول***، آیةالله مکارم، ج ۲، ص ۵۳۰.

مناط ظنی دلیلی بر حجیت آن نداریم.

مثال دیگری که در این مورد ذکر می‌کنند این است که شخصی که در حال روزه با همسر خود نزدیکی کرده بود از پیغمبر می‌پرسد چه کند؟ جواب می‌شنود که به کفارهٔ این گناه برده‌ای را آزاد کند. از این پرسش و پاسخ چنین فهمیده می‌شود که تنها علّت کفاره ابطال روزه است و خصوصیّت شخص، موقع، محل، همسر بودن و غیره در آن مؤثر نیست و حتّیٰ ابوحنیفه حکم مسأله را به مبطلات دیگر روزه مانند خوردن و آشامیدن نیز سرایت داده است.

نکته‌ای که در تنقیح مناط قطعی مورد اهمیّت است این است که به نحوی علم و یقین حاصل شود که تنها علّت حکم، وصف مذکور در کلام است و اوصاف دیگر اثری در حکم ندارد.

مثال دیگر: دربارهٔ اختلاف زن و شوهر در اثاث‌البیت حدیثی از امام صادق (ع) رسیده که: *«مَنِ اسْتَوْلیٰ عَلیٰ شیئِی مِنْهُ فَهُو اَولیٰ»* یعنی هر یك از آنها بر چیزی از اثاث منزل مسلّط و مستولی باشد نسبت به آن تقدم و اولویت دارد. این حکم در مورد چیزهای دیگر و اشخاص دیگر نیز قابل اجراست و وصف خاصِ مورد، تأثیری در حکم مسأله ندارد و به بیان دیگر «**مورد مخصص نیست**».

بازهم مثالی دیگر - می‌دانیم رشوه دادن حرام است. برخی از فقها هدیه دادن به قاضی را، به تنقیح مناط، مانند رشوه دادن به او می‌دانند[۱].

این مثالها نوعی قیاس جلی هستند.

۱۹۰- *اتحاد طریق*

اصطلاحی است که شهید ثانی در کتاب روضه، شرح لمعه[۲]، به‌کار برده است و منظور از آن این است که نصی دربارهٔ حکمی داشته باشیم که علّت حکم از آن نص استفاده شود و همان علّت در مورد دیگری که حکمش مسکوت است موجود باشد مثلاً می‌دانیم در دعوای بر میت، مدعی باید قسم استظهاری یاد کند. از حدیثی که در این مورد داریم استفاده می‌شود که

۱- **مکاسب**، شیخ انصاری، صفحهٔ ۳۱.

۲- **شرح *لمعه***، شهید ثانی، جلد اوّل، کتاب قضا، صفحهٔ ۲۱۳.

چون شخص مرده قادر به دفاع نیست، مدعی باید برای اثبات راستی ادعای خود سوگند یاد نماید. همین علّت در مورد دعوا بر دیوانه و کودك هم وجود دارد پس حکم این مورد همان حکم مورد اوّل است.

به نظر می‌رسد تفاوت آن با قیاس این باشد که این نوع از قیاس جلّی است و حجت است.

مثال دوم - روایت داریم که زن می‌تواند در عقد نکاح شرط کند که شوهر او را از شهر بیرون نبرد ولی برای بیرون نبردن از منزل او دلیلی نداریم. با این حال شهید اول و دوم و جمعی دیگر از فقها این مورد را نیز به حکم مورد اول دانسته‌اند و استدلال آنها هم اتحاد طریق است[۱].

۱۹۱ - *تخریج مناط، مناسبت، اِخاله (به کسر همزه)*

منظور از این اصطلاحات این است که حکمی معلوم باشد ولی علّت آن بیان نشده باشد و با خیال و پندار و توجّه به مناسبت بین حکم و وصفی علّت و مناط حکم را استنباط کنیم به بیان دیگر استنباط علّت را تخریج مناط گویند[۲] و این نوعی از قیاس مستنبط‌العله است که حجیّت آن بین شیعه و سنّی مورد اختلاف است. صاحب قوانین حدیث **«لایَقْضِی‌القاضی و هو غَضْبٰانٌ»** را مثال برای وصفِ مناسب دانسته است.

۱۹۲ - *تحقیق مناط*

تحقیق مناط عبارت از این است که علّت حکم معلوم باشد و برای پی بردن به وجود یا عدم آن علّت در مورد و مصداقی خاص، به تحقیق و تدقیق بپردازیم. مثلاً می‌دانیم علّت و مناط قبول شهادت عدالت شاهد است. از این رو باید در هر مورد بررسی و تحقیق شود که شاهد قضیه عادل است یا نه؟ این بررسی و تحقیق در مورد و مصداق خاص را تحقیق مناط گویند. می‌توان گفت تحقیق مناط کاری است که قاضی در هر قضاوتی انجام می‌دهد. مثلاً هرگاه بداند

۱- **شرح لمعه**، شهید ثانی، جلد دوم، کتاب نکاح، صفحهٔ ۹۵.

۲- ***قوانین‌الاصول***، میرزای قمی، جلد دوّم، صفحهٔ ۸۶ و ۸۷ و جزءِ سوّم ***الاحکام آمدی***، صفحهٔ ۶۳.

وجوب نفقهٔ اقارب به علّت احتیاج آنهاست، در پرونده‌ای که کسی از فرزندش نفقه مطالبه می‌نماید، باید رسیدگی کند ببیند خواهان محتاج و نیازمند نفقه هست یا نه و این کار زمینهٔ حکم او را تعیین می‌نماید. این رسیدگی موضوعی را اصطلاحاً تحقیق مناط گویند[۱]. حجیت و اعتبار آن در حدّ حجیت رأی قاضی است.

۱۹۳- وحدت ملاك

وحدت ملاك اصطلاحی است که در حقوق اسلامی کمتر به کار رفته و بیشتر حقوق‌دانان جدید آن را به کار برده‌اند.[۲] به نظر می‌رسد می‌توان آن را معادل اصطلاح تخریج مناط و در شمار قیاس مستنبط‌العله دانست ولی اگر علّت مصرّح باشد در این صورت وحدت ملاك اصطلاحی است مرادف اصطلاح اتحاد طریق و از نوع قیاس منصوص‌العله محسوب است.

۱۹۴- *قیاس باطل*

در موارد زیر قیاس باطل است و حتّیٰ آنان که قیاس را درست می‌دانند در این موارد آن را به کار نمی‌برند:

۱- در الفاظ و معانی کلمات، مثلاً نمی‌توان گفت «افلح» متعدی است به قیاس بر «اکرم».

۲- در عبادات، مثلاً نمی‌توان نماز ظهر و عصر را با جهر خواند به قیاس بر نماز عشاء.

۳- در کفارات و حدود و قصاص و دیات، زیرا در جزائیات باید تفسیر مضیق کرد.

۴- قیاس مع‌الفارق، مثل قیاس خودکشی موصی به قتل مورث[۳]. و مانند قیاس تقلید در فروع احکام بر تقلید در اصول دین به شرح شمارهٔ ۳۱۸. و مانند قیاس استقلال رأی دوشیزهٔ

۱- ***قوانین‌الاصول***، میرزای قمی، جلد دوّم، صفحهٔ ۸۶ و ۸۷ و ***الاحکام*** آمدی، جزء سوّم صفحه ۶۳.

۲- مرحوم دکتر امامی در دوره **حقوق مدنی** خود مکرر این اصطلاح را به کار برده است، از جمله در جلد یکم صفحه‌های ۵۲۸، ۵۴۲ و جلد سوم، صفحه ۱۲ در دو مورد.

۳- **حقوق مدنی،** مرحوم دکتر سید حسن امامی، جلد سوّم، صفحهٔ ۸۰ و نیز در همین مأخذ، صفحه ۶۷ قیاس مع‌الفارق دیگری می‌بینیم.

بالغ رشید در نکاح به استقلال رأی او در معاملات[1].

در قیاس مع‌الفارق میان اصل و فرع فرق و تفاوت است و همین فرق مایهٔ تفاوت حکم آنهاست. مثلاً خودکشی موصی کاری است که وسیلهٔ خودش انجام یافته و با قتل مورث وسیلهٔ وارث تفاوتی آشکار دارد. موارد دیگر نیز همین‌طور است.

۱۹۵ - *قیاس در حقوق ایران*

الف - پیش از انقلاب

هیچ متن قانونی دیده نشده که قیاس را مجاز یا ممنوع اعلام کرده باشد و چون منع نشده اصولاً باید آن را جائز دانست. لکن باید توجّه داشت که در حقوق جزا قیاس به زیان متهم به کار نمی‌رود. زیرا اصل قانونی بودن جرم و مجازات مانع تفسیر موسّع قوانین جزائی و موجب تفسیر مضیق است. در حالی که قیاس نوعی از تفسیر موسع است. لذا جائز نیست. در شرع نیز چنین است. ولی در سایر رشته‌های حقوقی چون دلیلی بر منع آن وجود ندارد می‌توان آن را، بجز در مواردی مانند ارث که بیشتر مقررات آن امری است، مجاز دانست. این مطلب از مطالعهٔ کتب حقوقی جدید به خوبی پیداست. برای نمونه می‌توان به مقدمهٔ جلد دوّم حقوق مدنی تألیف مرحوم دکتر امامی زیر عنوان «تمثیل» مراجعه کرد.

ب - در حقوق جمهوری اسلامی ایران

با توجه به اینکه حقوق ایران در جمهوری اسلامی ایران مبتنی است بر حقوق شیعه، و به طوری که خواندیم در مذهب شیعهٔ امامیه قیاس مستنبط‌العلّه حجّت نیست، به این نتیجه می‌رسیم که در حقوق کنونی ایران، قیاس مستنبط‌العلّه را نمی‌توان به کار بست ولی اقسام دیگر آن را می‌توان به کار برد.

۱۹۶ - منابع مطالعه

برای مطالعه و بررسی مباحث قیاس، مصالح مرسله، استحسان و عرف و عادت، علاوه

۱- **مسالك**، شهید ثانی، ج ۱، کتاب نکاح، ص ۴۵۰.

بر مآخذی که در ذیل هر مطلب آمده است کتب زیر هم مفیدند:

۱- علم اصول‌الفقه، تألیف عبدالوهاب، خلاّف (با تشدید لام).

۲- اصول‌الاحکام، تألیف دکتر حمد، عبید الکبیسی.

۳- اصول‌الفقه، تألیف محمد خضری بیك.

اینها کتاب‌های درسی دانشکده‌های حقوق دانشگاه‌های مصر می‌باشند.

دلیل پنجم - عقل

۱۹۷- تعریف دلیل عقلی

تعریف دلیل عقلی را از کتاب فصول برگزیده در اینجا می‌آوریم[۱]. دلیل عقلی عبارت است از حکمی عقلی که با درك صحیح آن ممکن باشد حکمی شرعی بدست آید. چنانکه در مسأله تزاحم احکام، عقل حکم می‌کند به تخییر مثلاً هرگاه شخصی موظف به نگهداری دو نفر باشد و ببیند که هر دو دچار سیل و یا طوفان شده‌اند و در معرض هلاکت هستند و برای او فقط نجات یکی از آنها ممکن باشد و هیچ یك هم بر دیگری ترجیحی نداشته باشد، عقل حاکم است به اینکه این شخص در نجات هر یك از آنها مخیر است. این حکم عقل و درك عقلی موجب تحسین فاعل و ثواب شرعی است و از این روی می‌گویند: حکم عقلی، دلیل حکم شرعی است و برای بهتر روشن شدن مطلب می‌توان تعریف بالا را چنین بیان کرد: دلیل عقلی عبارت است از ادراك عقلی که بتواند زمینهٔ حکم شرعی قرار گیرد.

۱۹۸- اقسام دلیل عقلی

برای دلیل عقلی چند تقسیم گفته‌اند: تقسیم اول را در کتاب قوانین‌الاصول چنین می‌خوانیم[۲] مستقلات عقلی و استلزامات عقلی.

مستقلات عقلی - منظور از مستقلات عقلی ادراك مستقلی است بدون توجّه به خطاب شرع. چنانکه عقل مستقلاً و بدون التفات به حکم شرع هرگونه ظلم و تجاوز را محکوم می‌کند و رفتار و کردار خوب را توصیه می‌نماید. مثلاً هرگاه کسی امانتی از دیگری پیش خود داشته باشد که به اعتماد دوستی، بدون مدرك و سند باشد عقل خیانت او را محکوم نموده او را

۱- ***فصول فی‌الاصول***، شیخ محمدحسین بن عبدالرحیم، جلد اوّل، مقالهٔ سوم، صفحهٔ ۵۶۵.

۲- ***قوانین‌الاصول***، میرزای قمی، جلد دوّم، صفحهٔ اوّل.

موظف به رد امانت می‌داند، هرچند بخواهد حکم شرع را نادیده بگیرد و یا معتقد به شرع نباشد. حکم به تخییر در مسألهٔ تزاحم احکام نیز از مستقلات عقلی است. خداشناسی نیز از مستقلات عقلی است. بدین معنا که عقل بدون توجّه به شرع، واجب و لازم می‌داند که هرکس دربارهٔ وجود خدا، یکتائی و دیگر صفات کمال و ثبوتی و صفات جلال و سلبی او بیندیشد و به او، تعالیٰ، ایمان بیاورد. همین‌طور عقلاً لازم است که هر کس ارکان دیگر اصول دین را از روی دلیل، نه به تقلید از پدر و مادر و معلم یا دیگران بشناسد[۱].

استلزامات عقلی - گاهی شرع دستوری می‌دهد که لازمه یا مقدمهٔ آن خواستن چیز دیگری هم هست. در این صورت عقل آن را نیز لازم می‌داند. این حکم را استلزام عقلی گویند. مثلاً شرع تحویل مال محجور را پس از رفع حجر، به او لازم شمرده و چون لازمهٔ آن داشتن و تنظیم صورت حساب دوران قیمومت و سرپرستی است، انجام این کار هم به حکم عقل لازم است. حرمت غصب و حجیّت قاعده اتلاف نیز لازمه محترم شناختن مال و مالکیّت از طرف شرع و قانون است.

تقسیم دوّم - این تقسیم در کتاب فصول روشن‌تر به چشم می‌خورد[۲] و آن این است که: حکم عقلی گاهی مبتنی است بر قاعدهٔ تحسین و تقبیح عقلی و گاهی چنین نیست. مثلاً عقل سپاسگزاری در برابر احسان را نیك می‌داند و از این روی به آن امر می‌کند. لکن عقل معتقد است که برای انجام هر کاری باید قبلاً مقدمات آن را تهیه کرد و یا می‌فهمد که برای از بین بردن معلول باید قبلاً علّت آن را از بین برد و این حکم عقلی مبتنی بر فهم خوبی و بدی این کارها نیست. بدین جهت احکام عقلی بر دو قسم است: یکی آنکه مبتنی است بر قاعدهٔ تحسین و تقبیح عقلی و دوّم آنکه مبتنی بر این قاعده نیست.

تقسیم سوّم - فصول در همین مقام، قسم دیگری برای حکم عقلی مبتنی بر قاعدهٔ حسن و قبح بدین شرح بیان کرده است: حکم عقلی گاهی حکم واقعی است و گاهی حکم ظاهری.

حکم واقعی در جایی است که عقل بتواند بفهمد مسأله مورد نظر واقعاً خوب است یا بد، مثلاً عقل می‌فهمد که ستمگری و اعمال زور در روابط بین افراد کاری است ناپسند و آن را

۱- **شرح باب حادی‌عشر**، فاضل مقداد، صفحهٔ ۶.

۲- ***فصول فی‌الاصول***، میرزای قمی، جلد دوّم، مقاله سوّم در ادلهٔ عقلیه.

محکوم می‌کند چنین حکمی ناشی از درك کامل و روشن حقایق امور است و آن را حکم واقعی گویند.

حکم ظاهری آن است که عقل نمی‌تواند واقعیت را چنانکه هست درك کند امّا می‌تواند بگوید که با همان حال چه باید کرد. مثلاً هرگاه عقل می‌داند که شرع واقعاً در مسأله‌ای حکمی دارد ولی وسیله‌ای در اختیار ندارد تا به حکم واقعی شرع پی برد، در این صورت عقل خود حکم می‌کند که آن مسأله مباح و جائز است. مثلاً دخانیات در صدر اسلام وجود نداشته و حکمی از شرع در خصوص این مسأله نرسیده در اینجا عقل آن را جائز می‌داند. زیرا معتقد است که «عقاب بلابیان قبیح است» و به عبارت دیگر مجازات مستلزم تصریح قانونی است.

اصطلاحات قاعدهٔ تحسین و تقبیح و اینکه حسن و قبح اشیاء ذاتی است یا نه و حکم واقعی و ظاهری چیست و اصطلاحات دیگری که در این بحث هست، مستلزم داشتن اطلاعات بیشتر و زمینهٔ آماده‌تر در حقوق اسلامی است و از این جهت از طرح آنها در اینجا خودداری می‌شود و برای اطلاع بیشتر در این زمینه مطالعهٔ کتاب فصول و مطارح‌الانظار توصیه می‌شود. دربارهٔ حکم واقعی و ظاهری در شمارهٔ ۲۶۷ نیز گفتگو شده است.

۱۹۹-قاعدهٔ تلازم بین حکم عقل و حکم شرع

در اصول قاعده‌ای است که می‌گوید: *«کُلُ ماحَکَمَ بِهِ‌العَقْلُ حَکَمَ بِهِ‌الشرعُ وکُلُّ ماحَکَمَ به‌الشرعُ حَکَمَ به‌العقلُ»* یعنی هر چه را عقل حکم کند شرع هم حکم می‌کند و برعکس. اکنون می‌خواهیم ببینیم این قاعده چیست و تا چه حد درست است؟ به طوری که دیده می‌شود، این قاعده خود مرکب از دو قاعده است و بهتر است دربارهٔ هر یك جداجدا گفتگو کنیم.

قاعدهٔ اوّل - «کُلُّ ماحَکَمَ بِهِ‌العقْلُ حَکَمَ بِهِ‌الشرعُ» معنای این قاعده این است که هر چه را عقل بفهمد و درك کند شرع نیز آن را چنانکه عقل پذیرفته است می‌پذیرد. یعنی اگر عقل کاری را خوب و مفید تشخیص دهد و آن را لازم شمارد مثل دفاع از جان و ناموس و مال، شرع هم آن را لازم می‌شمارد و اگر عقل کاری بد و زیان‌آور ببیند و منع کند، مثل تجاوز به حقوق دیگران، شرع هم آن را منع می‌کند و حرام می‌شمارد. دلیل بر این مطلب این است که احکام شرع چنانکه علمای شیعه و اهل تسنّن معتقدند مبتنی است بر مصالح و مفاسدی که از انجام آن عمل به مردم می‌رسد. پس وقتی عقل در انجام کاری مصلحتی ببیند شرع هم آن را توصیه می‌کند و چنانچه

انجام کاری مفسده و زیان داشته باشد و عقل آن را مضر و بد تشخیص دهد شرع نیز آن را ممنوع و حرام خواهد دانست. این قاعده به نحوی که بیان شد نشان‌دهندهٔ این حقیقت است که عقل یکی از ادلهٔ شرع است. متکلّمین امامیه این معنا را به بیانی لطیف آورده‌اند، آنها می‌گویند: فرستادن پیامبران و کتب آسمانی لطفی است از ناحیهٔ حق تعالیٰ بر بندگان. این لطف هماناکمك و یاری دادن به عقل بشری است به وسیلهٔ راهنمائی‌های پیامبران در جهتی که وظیفهٔ قوهٔ عاقلهٔ بشری است.

قاعدهٔ دوّم - ***«کلّ ماحَکَمَ بهالشرعُ حَکَمَ بهالعقلُ»*** معنای این قاعده این است که هر چه را شرع و دین حکم کند عقل نیز می‌پذیرد. این معنا در بدو امر مواردی از شك و تردید را به ذهن می‌آورد. زیرا بدیهی است که در بسیاری از موارد شرع احکامی دارد که عقل را در آنها راهی نیست. مثلاً در عبادات که شرع کیفیات خاصّی مقرر داشته و شرائط و موانعی پیش‌بینی کرده عقل ساکت است. البته عقل می‌پذیرد که شکر منعم واجب و عبادت خداوند بزرگ پسندیده و لازم است ولی در اینکه با این کیفیّت خاص و شرائط مخصوص باشد، ساکت است. با توجّه به این موارد شك و تردید اصولیین این قاعده را چنین توجیه کرده‌اند که اگرچه در بعضی موارد عقل از درك حقائق قاصر است و حکمی ندارد ولی اگر فرض کنیم که دید عقل کامل می‌بود و بر مصالح و مفاسدی که شرع می‌بیند وقوف و اطلاع می‌یافت او نیز چون شرع حکم می‌کرد: کارهای مفید و واجد مصلحت را که شرع بدان امر کرده لازم می‌دانست و کارهای مضر و مفسده‌انگیز را که شرع تحریم کرده او نیز منع می‌کرد. البته در بسیاری از موارد عقل می‌تواند جهات مصلحت و مفسدهٔ کارها را تشخیص دهد و در نتیجه پابه پای شرع امر و نهی کرده و آنچه را شرع بدان حکم کرده او هم حکم کند. مثلاً در باب عده، شرع برای حفظ نسب و جلوگیری از اختلاط نسل و احترام رابطه پیشین، عدّه را برای زن مطلقه و بیوه لازم دانسته است. عقل هم آن را می‌پذیرد. نیز در باب ربا و معاملات ربوی چون این‌گونه معاملات رفته‌رفته موجب اختلال در امر توزیع عادلانهٔ ثروت می‌شود و این به زیان افراد و جامعه است، شرع آن را حرام دانسته و عقل نیز آن را رد کرده است.

برای اطلاع بیشتر دربارهٔ قاعدهٔ تلازم بین حکم عقل و حکم شرع می‌توان به جلد دوّم کتاب قوانین (مقصد چهارم) و به کتاب فصول در بحث ادلهٔ عقلیه مراجعه کرد.

باید توجه داشت که صاحب فصول قاعده اول را بدان‌گونه که بیان شد قبول ندارد، ملازمه واقعی میان حکم عقل و شرع را رد می‌کند ولی ملازمه ظاهری را قبول دارد. این عقیده

از طرف اصولیون متأخّر[1] رد شده و از این روی از شرح آن خودداری می‌شود.

یادآوری – همان‌گونه که در شمارهٔ ۲۲ و زیرنویس آن گذشت اخباری‌ها عقل را در استنباط احکام شرع بکار نمی‌گیرند.

۱۹۹/۱ – *نمونه‌هائی از کاربرد عقل مستقل*

در اینجا به این بحث خاتمه داده و به آوردن نمونه‌های دیگری از دلیل عقلی مستقل می‌پردازیم.

۱– وجوب علم به فروع فقهی و دانستن و شناختن تکالیف شرعی به نظر برخی از اصولیین[2].

۲– حرمت تسبیب – مثلاً هرگاه کسی دیگری را وادار به ارتکاب جرمی کند (اکراه). عمل اکراه عقلاً حرام و موجب ضمان و مسؤولیت مدنی است. حرمت تسبیب صور متعددی دارد و می‌توان آن را در جلد اول مکاسب[3] بررسی کرد.

۳– قطع مادهٔ فساد عقلاً واجب است و از مصادیق آن نگهداری و چاپ و انتشار کتب گمراه‌کننده است[4].

۴– حرمت تصرف در مال غیر، جواز استضائه به نور غیر و جواز اصطلاء به نار غیر، از مصادیق حکم عقلی است.[5] حرمت تصرف در مال غیر نیازی به توضیح ندارد ولی دو اصطلاح دیگر را توضیح می‌دهیم:

استضائه به نور غیر یعنی استفاده از روشنائی چراغ دیگری، مثلاً حرام است کسی کلید برق دیگری را بزند، چراغ او را روشن کند و بنشیند و مطالعه کند. ولی اگر کسی خودش چراغ خود را روشن کند و نور آن در خارج از ملك او بیفتد و آنجا را روشن کند، دیگری می‌تواند در آن روشنایی مطالعه کند.

اصطلاء به نار غیر یعنی گرم شدن با آتش دیگری و مثال آن با مقایسه با مثال پیش آسان است.

۵ تا ۸– حجیّت قطع، عدم حجیّت شك و قاعده قبح عقاب بلابیان از مصادیق دیگر

۱– ***تقریرات***، میرزای نائینی / کاظمی، جلد ۳، صفحهٔ ۶۰ به بعد.

۲– ***کفایةالاصول***، آخوند خراسانی، جلد اوّل، صفحهٔ ۱۵۸ و ۱۵۹.

۳– ***مکاسب***، شیخ انصاری، از صفحهٔ ۱۹۵ به بعد.

۴– مأخذ پیش، جلد دوّم، صفحهٔ ۳۷۳ به بعد.

۵– مأخذ پیش، جلد هفتم، صفحه ۲۱۵.

دلالت عقل مستقل است.

۹- قاعدهٔ «اَلْإمتِناعُ بِالإختيارِ لايُنافِي‌الإخْتيارَ» مستند است به حکم عقلی. مثلاً خروج از ملك غصبی وقتی ورود در آن اختیاری بوده است، با آنکه تصرّفی است حرام ولی در عین حال واجب عقلی است[۱]. گرچه واجب بودن کاری با حرام بودن آن منافات دارد ولی چون این حرمت ناشی از سوءِ اختیار و انتخاب مکلف است با وجوب آن منافاتی ندارد.

۱۰- تقیّه : عقل حکم می‌کند که هرگاه انجام تکلیف شرعی موجب خطر غیرقابل اجتناب از سوی دشمنان دین باشد مکلف باید از انجام آن تکلیف پرهیز کند.

۱۱- قاعده اهمّ و مهمّ و ترتّب نیز از مصادیق دلیل عقلی مستقل است و بعداً در این باره در بحث اصل تخییر (شماره ۲۷۶)، گفتگو می‌کنیم.

۱۲- *الجمعُ مهمٰا اَمْکَنَ اَوْلیٰ من‌الطرح*. مانند آن که روایتی دلالت کند بر وجوب کاری و روایت دیگر دلالت کند بر جواز ترك آن، که حمل دلیل وجوب بر استحباب جمع بین دو دلیل است.

۱۳- اَصالةُالعدمِ نیز حکم عقلی مستقل است. بعداً در بحث برائت (شمارهٔ ۲۶۴ و ۲۶۵) در این باره گفتگو می‌کنیم.

۱۹۹/۲ - عقائد دربارهٔ کاربرد عقل مستقل

دربارهٔ حجیت عقل مستقل بحث زیادی شده و خلاصهٔ عقائد چنین است:

الف - در مذاهب چهارگانه سنّیان ادلهٔ استنباط احکام را قرآن، سنت، اجماع، قیاس و اجتهاد دانسته‌اند و زیر عنوان اجتهاد از استحسان، استصلاح، ذرایع، عرف و عادت، برائت و استصحاب بحث کرده‌اند و این عناوین را دلیل استنباط احکام شرعی دانسته‌اند[۲]. اینها دلیل لفظی نیستند، دلیل عقلی هستند. پس می‌بینیم که سنّیان عقل مستقل را زیر عناوین دیگر پذیرفته‌اند.

ب - در مذهب شیعه: اخباری‌ها دلیل عقلی مستقل را حجت نمی‌دانند و در این‌باره در شمارهٔ ۲۲ نیز گفتگو شد.

اصولیین شیعه: بسیاری از اصولیین شیعه دلیل عقلی را در شمار ادلهٔ استنباط احکام

۱- ***کفایةالاصول***، آخوند خراسانی، جلد ۱، صفحه ۲۶۴.

۲- ***الرساله***، محمدبن ادریس شافعی، و بسیاری کتب دیگر.

شرعی آورده‌اند ولی از بررسی مباحث آنها به این نتیجه می‌رسیم که اینان در اصول عقائد از دلیل عقلی مستقل استفادهٔ فراوان کرده‌اند. ولی در اثبات فروع دین و احکام فقهی استفاده زیادی از آن نبرده‌اند. در این کتاب در شمارهٔ ۱۹۹/۱ مواردی را از لابلای کتاب‌های فقهی یا اصولی آنان استخراج کرده، آورده‌ایم. ولی واقعیت این است که برخی از اصولیین شیعه عقل مستقل را در عداد ادلهٔ استنباط احکام نیاورده‌اند و آنها هم که آن را پذیرفته‌اند در موارد کمی آن را بکار گرفته‌اند. یعنی مواردی که تنها دلیل اثبات حکم فرعی شرعی، عقل مستقل باشد بسیار کم است. در اینجا به یک نکتهٔ دیگر باید اشاره کرد و آن این است که اگر در میان اصولیین شیعه فقیهی پیدا شود که استصلاح را در اثبات احکام شرعی فرعی حجت بداند و بکار برد در این صورت کاربرد عقل مستقل در اثبات احکام زیاد می‌شود. ولی قدما و متأخرین اصولیین از این کار خودداری کرده‌اند. از میان معاصران تنها مرحوم آیةالله خمینی عملاً، با اجازهٔ تأسیس مجمع تشخیص مصلحت نظام جمهوری اسلامی ایران، بر جواز عمل بر مصلحت صحّه گذاشته آن را مجاز دانستند و سپس آن مجمع تاکنون قوانینی را براساس مصلحت تصویب کرده و می‌کند (به شمارهٔ ۲۲۰/۱ مراجعه شود).

۲۰۰- مباحث استلزام عقلی

گفته شد که دلیل عقلی بر دو قسم است: مستقلات عقلی و استلزامات عقلی. دربارهٔ مستقلات عقلی به آنچه نوشته شد اکتفا می‌کنیم و به بحث استلزامات عقلی می‌پردازیم.

اگر از گفتهٔ صاحب قوانین[۱] که بحث مفاهیم را نیز جزو استلزامات عقلی شمرده چشم‌پوشی کنیم، می‌توان به پیروی از اصولیین متأخّر، مباحث استلزام عقلی را به شرح زیر مطرح کرد:

۱- بحث اجزاء (بکسر همزه) به معنای اکتفاء.

۲- بحث مقدمهٔ واجب.

۳- بحث ضد: آیا امر به چیزی مستلزم نهی از ضد آن چیز هست؟ در مواردی جواب مثبت است. مثلاً امر به احترام ملك و مالکیت دیگری مستلزم نهی از اتلاف آن است.

۴- بحث اجتماع امر و نهی. مانند بیرون رفتن از مکان غصبی که مستلزم تصرف باشد.

۵- قیاس اولویت. عقل با در نظر گرفتن ملازمه میان حکم مرحلهٔ عالی و دانی و ثبوت

۱- ***قوانین‌الاصول***، میرزای قمی، جلد دوّم، صفحهٔ اوّل.

حکم شرعی برای مرحله دانی، به ثبوت حکم شرع برای مرحله عالی نیز حکم می‌دهد، (برای مثال به شمارهٔ ۸۷ و ۱۸۷/۳ مراجعه شود).

۶- بحث نهی مقتضی فساد هست یا نه؟ به شرح شماره‌های ۷۶ تا ۸۰.

و سرانجام می‌توان بحث «إذن در شیئی، إذن در لوازم آن است» را هم بر مباحث یاد شده افزود.

در این یادداشت‌ها فقط از مقدمهٔ واجب و موضوع اخیر بحث شده، موضوع پنجم در بحث قیاس و موضوع ششم در بحث نواهی مطرح گردیده و از بقیه فعلاً صرفنظر شده است.

۲۰۰/۱ - مقایسهٔ دلیل عقلی با بنای عقلاء و عرف و عادت

شنیده شده که دلیل عقلی و بنای عقلا را به جای یکدیگر به‌کار برده‌اند و بنای عقلا را با عرف و عادت یکی دانسته‌اند. ازاین رو در اینجا مناسب است که این سه با هم مقایسه شوند.

از تعریفی که در آغاز بحث از دلیل عقلی آورده شد و با در نظر گرفتن موارد کاربرد بنای عقلا می‌توان گفت این دو با هم تفاوت دارند. بدین خلاصه: دلیل عقلی برهانی است نظری، در حالی که بنای عقلا حکایت از عمل و رفتار خردمندان دارد.

بنای عقلا از این جهت که رفتار خردمندان است با عرف و عادت نزدیکی دارد ولی فرق آن دو در این است که در بنای عقلا مورد توجه است که عقلاً درست باشد، در حالی که عرف و عادت تکرار کاری است که در میان مردم معمول است، بی‌آنکه درستی آن الزاماً مورد تأیید عقل قرار گرفته باشد، به شرحی که در بحث عرف و عادت در همین کتاب آمده است.

حجیت این سه - دربارهٔ حجیت دلیل عقلی و عرف و عادت در بحث مربوط به هریک به تفصیل بحث کرده‌ایم. اما حجیت بنای عقلا از نظر شرعی وقتی تمام است که مورد تأیید شارع قرار گرفته باشد که اصطلاحاً می‌گویند: «بنای عقلا به امضای شارع رسیده»، یا دست‌کم اینکه شرع آن را ردّ نکرده باشد که اصطلاحاً می‌گویند: «بنای عقلا هست و مورد ردع شارع هم واقع نشده». مثال برای نوع اول: عدم اعتبار الفاظ و اقوال کودکان، دیوانگان و به خواب رفتگان که هم عقلا آن را قبول دارند و هم حدیث رفع‌القلم آن را تأیید کرده است، و مثال برای نوع دوم مانند حجیت ظواهر الفاظ و ظاهر حال به شرحی که بعداً خواهد آمد (شماره‌های ۲۵۴ و ۳۰۱/۱) در شمارهٔ ۲۹۹ نیز شرحی دربارهٔ بنای عقلا نوشته شده.

بحث مقدّمهٔ واجب

آیا مقدمهٔ واجب واجب است؟

برای پاسخ بدین مسأله لازم است قبلاً نکاتی توضیح داده شود و آنها عبارتند از: تعریف مقدمه و ذی‌المقدمه، اقسام مقدمه و وجوب شرعی و عقلی.

۲۰۱- تعریف مقدمه و ذی‌المقدمه

هرگاه وابستگی بین دو چیز چنان باشد که یکی متوقف باشد بر دیگری، اولی را ذی‌المقدمه و دومی را مقدمه گویند. مثلاً ورود به دانشگاه برای ادامهٔ تحصیل متوقف است بر موفقیت در کنکور ورودی. ورود به دانشگاه را ذی‌المقدمه و موفقیت در کنکور را مقدمه گویند. و نیز طبق قانون حمایت خانواده، طلاق وقتی انجام می‌گیرد که قبلاً دادگاه رسیدگی نموده، گواهی عدم امکان سازش صادر کرده باشد؛ طلاق ذی‌المقدمه و گواهی صادره از دادگاه مقدمه نامیده می‌شود.

مقدمه، به طوری که از نامش آشکار است، باید پیش از ذی‌المقدمه باشد. غالباً هم همین‌طور است مانند دو مثال پیش. ولی گاهی اجزای تشکیل دهندهٔ یك ماهیت مرکب را نیز مقدمات داخلی آن گویند با اینکه همراه آن و همزمان با آن به وجود می‌آیند مانند اجزا و ارکان نماز یا ثمن و مبیع در بیع. و نیز گاهی چیزی را شرط متأخر چیز دیگر می‌دانند، مانند: اجازه در بیع فضولی، بنابر عقیده‌ای که آن را کاشف می‌داند. در این دو مورد که مقدمه از حیث زمان پیش از ذی‌المقدمه به وجود نمی‌آید، توجیهی که اصولیین برای آن بیان کرده‌اند دوتاست: یکی این است که می‌گویند این مقدمه‌ها از حیث رتبه مقدمند بر ذی‌المقدمه، یعنی در عالم تصور و تعقل اینها مقدمند. چنانکه در امور غیرحقوقی نیز می‌بینیم علت و معلول گاهی باهمند. مثل حرکت دادن چیزی و تکان خوردن آن. ولی می‌دانیم که عقلاً علت مقدم است بر معلول. توجیه دیگر اینکه اطلاق مقدمه بر اجزای مرکب مجاز می‌باشد و در مورد شرط متأخر گویند که آنچه شرط است خود اجازه نیست، بلکه شرط این است که مالك اجازه بدهد و این امر در عالم اعتبار و تعقل مؤخر از ذی‌المقدمه نمی‌باشد، بلکه مقدم بر آن است.

مثال دیگر برای شرط متأخر: جنین ارث می‌برد به شرط اینکه زنده بدنیا آید[۱].

۲۰۲- *اقسام مقدمه*

برای مقدمه تقسیماتی گفته‌اند که مهم‌ترین آنها در اینجا ذکر می‌شود:

الف - اقسام مقدمه بر حسب مقام حاکم به توقف: از این نقطه نظر مقدمه تقسیم می‌شود به مقدمهٔ شرعی، مقدمهٔ قانونی، مقدمهٔ عقلی و مقدمهٔ عادی.

مقدمهٔ شرعی - مقدمه شرعی آن است که وابستگی و توقف بین دو چیز را شرع تعیین کرده باشد. مثلاً برای اینکه نماز درست انجام گیرد شرع لازم دانسته که رو به قبله نماز گزارده شود. در این مثال اگرچه عقل نمی‌تواند رابطه و ملازمه‌ای بین رو به قبله ایستادن و صحت نماز درك کند ولی شرع آن را تشخیص داده و لازم شمرده و از این‌رو آن را مقدمهٔ شرعی گویند.

مقدمهٔ قانونی - در وضع حقوقی فعلی که قوانین موضوعه بر روابط مردم حاکم است می‌توان مقدمهٔ قانونی را اصطلاحی برابر با اصطلاح مقدمهٔ شرعی دانست. چنانکه در مثال پیش قانونگذار گواهی عدم امکان سازش را مقدمهٔ طلاق قرار داده است، پس گواهی عدم امکان سازش مقدمهٔ قانونی برای طلاق است. و مانند تهیهٔ پروانهٔ کار برای بیگانگان که به موجب قانون کار لازم دانسته شده است.

مقدمهٔ عقلی - مقدمهٔ عقلی آن است که توقف چیزی را بر دیگری عقل درك کند و وجود یکی را برای دیگری عقل لازم بداند. مثلاً عقل تشخیص می‌دهد که علت پاره‌ای از جرائم نابسامانی‌های مالی و اقتصادی است. پس مثلاً وضع بد مالی علّت و مقدمه و جرم دزدی، معلول و ذی‌المقدمه است.

مثال دیگر - نیروی وارد بر اشیاء علّت تحرك آنهاست، نیرو علّت و مقدمه عقلی است و حرکت معلول و ذی‌المقدمه.

مقدمهٔ عادی - گاهی رفتار مردم چنین است که برای انجام کاری قبلاً کار دیگری را انجام می‌دهند، بدون اینکه عقلاً یا شرعاً یا قانوناً بین آن دو وابستگی و توقفی وجود داشته باشد. مثلاً به دیدن بزرگان با تعیین وقت قبلی می‌روند. چنین توقفی وابستگی عرفی است. در این مثال تعیین وقت مقدمهٔ عادی و دیدن و ملاقات کردن ذی‌المقدمه است.

۱- ماده ۸۷۵ قانون مدنی.

ب - *اقسام مقدمه بر حسب اندازهٔ وابستگی میان آن و ذی‌المقدمه*

برحسب شدت و ضعف درجهٔ توقف بین مقدمه و ذی‌المقدمه اقسامی برای آن پیدا شده که عبارتند از: علت تامه، مقتضی، سبب، شرط، عدم مانع و مُعِدّ.

علت تامه - هرگاه چیزی بوجود آورنده چیز دیگر باشد آن دو را علت و معلول گویند. موجد را علت و آنچه را ایجاد کرده معلول گویند. مثلاً با عقد ازدواج، بین زن و شوهر رابطهٔ زوجیت بوجود می‌آید. عقد ازدواج را علّت و زوجیت را معلول می‌گویند.

هرگاه همهٔ مقتضیات وجود چیزی فراهم باشد و مانعی نیز در کار نباشد می‌گویند علت تامه وجود آن چیز حاصل است و معلول یا ذی‌المقدمه نیز حتماً موجود خواهد شد. زیرا انفکاك معلول از علت معقول نیست. علت تامه با سایر مقدمات فرق بارزی دارد و آن این است که علت تامه مرکب است از وجود مقتضی (یا مقتضی‌ها) و عدم مانع (یا موانع) و از این جهت نمی‌توان گفت علت تامه مقدمه‌ای مشخص و معین است. در حالی که مقدمات دیگر را می‌توان مشخص و معین نمود. مثلاً در نکاح، تمایل و خواستن زن و مرد «مقتضی»، رضایت و اجازهٔ ولی دختر «شرط»، تجرد هر دو «عدم مانع»، اجرای صیغهٔ عقد سبب، خواستگاری «معّد» و همهٔ اینها و جز اینها علت تامهٔ تحقق نکاح است[۱].

علت و علامت - هرگاه ارتباط بین دو چیز طبیعی یا عقلی باشد آنها راعلت و معلول گویند. مثل قرابت و نفقه، یا قرابت نزدیك و حرمت نکاح، یا قرابت و ارث. و هرگاه ارتباط بین دو چیز جعلی و قراردادی از ناحیهٔ شرع یا قانونگذار باشد مقدمه را علامت گویند. مثل ارتباط بین حلول وقت و صحت نماز، رو به قبله ایستادن برای صحت نماز و امثال اینها.

علت و حکمت -گاهی بین مقدمه و ذی‌المقدمه ملازمهٔ عقلی است. بدین معنا که جدائی ذی‌المقدمه از مقدمه ممکن نیست. چنین مقدمه‌ای را علت گویند. مثل زوجیت دائمی که علت توارث زوجین از یکدیگر است و مانند رابطهٔ بین نیروی محرکه و حرکت.

و گاهی جدائی ذی‌المقدمه از مقدمه ممکن است. در این صورت مقدمه را «حکمت» خوانند. مصالح موجود در موضوعات اعمال از این قبیل است. مثلاً جلوگیری از اختلاط نسب را علت تأسیس عدهٔ طلاق دانسته‌اند، ولی اگر در موردی بدانیم که مسلماً حملی در بین نیست باز نمی‌توان گفت عده لازم نمی‌باشد. مانند طلاق زنی که بچه‌دار نمی‌شود یا شوهر او عقیم است و مانند طلاق زنی که مدتها با شوهر خود متارکه کرده باشد یا مباشرتی نداشته باشد.

---

۱ - ***قوامع الفضول***، شیخ محمود عراقی، صفحهٔ ۱۳۷، و ***مطارح الانظار***، تألیف میرزاابوالقاسم کلانتر، صفحهٔ ۳۸.

مثال دیگر - طبق ماده ۸۸۰ قانون مدنی قتل عمد مانع ارث وارث قاتل از مورث مقتول است. مبنای این حکم را مقابله به مثل با قصد طمع مالی و شتاب در رسیدن به ترکه دانسته‌اند. با این حال اگر در موردی این قصد وجود نداشته باشد باز هم قتل مانع وراثت است.

مقتضی - علتی که آمادهٔ تأثیر باشد ولی مانعی آنرا از کار انداخته باشد مقتضی نامیده می‌شود. مثلاً عقد علت تحقق ازدواج است، ولی اگر بین زوجه و دیگری علقهٔ زوجیت وجود داشته باشد، عقد نکاح از تأثیر باز می‌ماند و علت به صورت مقتضی درمی‌آید[1].

سبب - سبب مقدمه‌ای است که ذاتاً می‌تواند مؤثر واقع شود، ولی به شرط اینکه عوامل مساعد برای تأثیرش موجود باشد. مثلاً قرابت سبب وجوب انفاق است، امّا به شرطی که شخص متمکن و خویشاوند وی فقیر باشد[2].

شرط - شرط مقدمه‌ای است که وجودش در ایجاد ذی‌المقدمه تأثیر زیادی ندارد. ولی اگر وجود نداشته باشد، حتماً موجب بوجود نیامدن ذی‌المقدمه می‌شود[3]. مثلاً می‌دانیم به موجب مادهٔ ۱۰۴۳ قانون مدنی نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده متوقف بر اذن پدر یا جد پدری اوست. اذن ولی شرط نکاح است ولی بدیهی است که این امر ازدواج را به وجود نمی‌آورد.

شرط به معنایی که گفته شد شرط اصولی است ولی در لغت، ادب، حقوق و فقه شرط معنایی جز این دارد:

شرط در لغت - به معنای الزام و التزام است[4].

شرط ادبی - جمله‌ای است که همراه با حروف شرط آورده می‌شود و بعد از آن جواب یا جزای شرط آورده می‌شود. مثلاً مادهٔ ۱۰۲۴ قانون مدنی که می‌گوید: «اگر اشخاص متعدد در

---

۱ و ۲ - دو مأخذ پیش.

۳- در اصول شرط را چنین تعریف کرده‌اند: ***«مایَلْزَمُ مِن عَدَمِهِ عَدَمُ‌المَشروطِ و لایَلْزَمُ مِنْ وجوده وجوده»*** ***قوانین‌الاصول***، جلد اول، صفحهٔ ۱۰۰.

۴- ***قاموس‌اللغه*** در کلمهٔ شرط.

یك حادثه تلف شوند فرض بر این می‌شود که همهٔ آنها در آن واحد مرده‌اند...»، جمله‌ای شرطیه است بدون احتیاج به اینکه بررسی شود که توقف و وابستگی بین شرط و جزا وجود دارد یا ندارد.

شرط در حقوق وفقه -گاهی در حقوق و فقه شرط به معنای تعهدی تبعی و فرعی است که در ضمن یك عقد بوجود می‌آید. مثلاً هرگاه در عقد نکاح زن شرط کند که شوهرش اجازه دهد دختری را که از شوهر قبلی دارد همراه خود به خانهٔ شوهر دوم ببرد و مخارجش به عهدهٔ شوهر دوم باشد و او نیز قبول کند، این را می‌گویند شرط ضمن‌العقد و تعهدی است که به تبع نکاح به عمل آمده است[1]؛ تعهدی فرعی و تبعی.

عدم مانع - نبودن مانع را نیز در اصول مقدمه‌ای دانسته‌اند. بدین توضیح که گاهی مقدمه‌ای چنان است که وجودش ذی‌المقدمه را از بین می‌برد. از این مقدمه به «عدم مانع» تعبیر شده است. مثلاً جمع بین نکاح دو خواهر مانع انعقاد عقد خواهر زن است. وجود چنین مقدمه‌ای مانع ذی‌المقدمه می‌شود و برای تحقق بخشیدن به ذی‌المقدمه لازم است که چنین مانعی را قبلاً از بین برد. مثل این است که عدم مانع مقدمه است برای امر ممنوع.

مثال دیگر برای عدم مانع، اکراه در معاملات است که وجود آن مانع نفوذ عقد و عدم مانع مقدمه است برای امر ممنوع.

و مثل رد، در وصیت که اگر موصیٰ‌له وصیت را رد کند وصیت باطل می‌شود، پس باید ردی نباشد تا وصیت تحقق یابد. در اینکه آیا قبول او شرط است بحث است.

مُعِدّ بر وزن مهّم (به‌کسر عین) - مقدمه‌ای است که تأثیر کمی برای وجود ذی‌المقدمه دارد و می‌توان گفت زمینهٔ وجودی آن را فراهم می‌کند، بدون اینکه اثری در وجود آن داشته باشد. مثل حضور معرف و معتمد و گواهی تندرستی زوج در عقد نکاح. مُعَّد (به فتح عین) به معنای مهیا و آماده است.

۱- **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، صفحهٔ ۲۹۸، جلد اول، چاپ سوم.

۲۰۲/۱- کاربرد این اصطلاحات در فقه

یکی از بزرگان فقها[1] در بحث از فروش روغن چراغ نجس، چند مورد از این اصطلاحات را به‌کار برده و بر موارد آن منطبق کرده است که برای روشن شدن بحث ما سودمند است و در زیر آورده می‌شوند:

«... یکی اینکه کار کسی علت تامهٔ وقوع حرام باشد. مانند آنکه او را وادار (اکراه) کند بر انجام کار حرام که بدون اشکال این کار حرام است...

دوم اینکه کار او سبب حرام باشد. مثل اینکه چیز حرامی را جلوی او بگذارد (برای خوردن)... اقوا تحریم این کار است چون استناد حرام به سبب اقوا ست. پس استناد فعل حرام به او اولیٰ است و به همین جهت است که ضمان (مسؤولیت مدنی) به سبب تعلق می‌گیرد نه به مباشری ناآگاه...

سوم اینکه کار او شرط صدور حرام باشد... و این گاهی به صورت ایجاد داعی است مانند ترغیب کسی به ارتکاب جرم و دشنام دادن به مقدسات کسی و باعث شدن بر اینکه او هم به مقدسات این توهین کند که این نیز حرام است. گاهی به صورت ایجاد داعی نیست که خود آن صور فراوان و بحثی مفصل دارد.

چهارم اینکه کار او از قبیل عدم مانع باشد. مثل اعلام به جاهل درخصوصِ اینکه کاری که ندانسته انجام می‌دهد گناه و جرم است و وجوب این اعلام مشکل است، مگر در موارد خاص و به جهت مخصوص...»

ج - اقسام مقدمه بر حسب چگونگی وابستگی ذی‌المقدمه به آن

از این دیدگاه مقدمه تقسیم می‌شود به: مقدمهٔ وجوب، مقدمهٔ وجود، مقدمهٔ صحت و مقدمهٔ علم.

مقدمهٔ وجوب - هرگاه چیزی مقدمهٔ تعلق حکم وجوب به عملی باشد آن را مقدمهٔ وجوب گویند. روشن است که ثروتمند بودن شرط وجود زیارت حج نیست. چه، ممکن است فقیری بدون ثروت مادی هم بتواند خود را به مکّه برساند و در مراسم حج شرکت کند. ولی این حجّ بر او واجب نیست بلکه مستحب است. مثال قانونی برای مقدمهٔ وجوب را می‌توان از مادهٔ ۱۱۹۸ قانون مدنی استفاده کرد که می‌گوید: «کسی ملزم به انفاق است که متمکن از دادن نفقه باشد...» طبق مستفاد از این ماده، تمکن منفق شرط وجوب نفقهٔ اقارب است.

۱- متأجر، ***شیخ انصاری***، جمله یکم، صفحهٔ ۱۹۵ به بعد.

مقدمهٔ وجود - مقدمهٔ وجود یا مقدمهٔ واجب یا مقدمهٔ وجود واجب هر سه به یك معناست و منظور از آن این است که کاری واجب شده، انجام آن متوقف بر امر دیگری باشد. مثلاً هرگاه شخصی به قدر کافی استطاعت مالی برای حج داشته باشد، باز انجام حج متوقف است بر تهیهٔ مقدمات سفر از قبیل گرفتن گذرنامه، بلیط هواپیما و رفتن به مکّه. این امور مقدمه وجود واجب می‌باشند. مثال قانونی مقدمهٔ وجود را می‌توان در مادهٔ ۳۸۱ قانون مدنی یافت که می‌گوید: «مخارج تسلیم مبیع... به عهدهٔ بایع است، مخارج تسلیم ثمن بر عهده مشتری است». چون به موجب فقرات ۳ و ۴ مادهٔ ۳۶۲ قانون مدنی پس از تحقق بیع تسلیم مبیع بر بایع و تسلیم ثمن بر مشتری لازم است، پس حکم وجوب و لزوم به تسلیم مبیع و ثمن تعلق گرفته است. ولی با این حال انجام این تکلیف متوقف بر مقدماتی است از قبیل وزن کردن و حمل و نقل آن‌ها و این کارها مستلزم مخارجی است. همهٔ اینها را مقدمهٔ واجب گوئیم.

مقدمهٔ صحت - بعض مقدمات در صحت و درستی ذی‌المقدمه مؤثرند نه در وجوب آنها مثلاً قبض شرط صحت وقف است، مستفاد از مادهٔ ۵۹ و ۶۷ قانون مدنی[1]. بدین معنا که پیش از قبض، عقد وقف با صیغهٔ ایجاب و قبول واقع شده (مستفاد از مادهٔ ۵۶ همان قانون)، لکن برای صحت و درستی آن باید مورد وقف را تحویل دهد. برای روشن شدن اثر قبض در وقف بهتر است آن را با قبض در بیع مقایسه کنیم: قبض در بیع تکلیفی است مترتب بر انعقاد بیع و در تحقق یا صحت آن تأثیری ندارد و اگر قبض انجام نگیرد اوّلاً بیع باطل می‌شود و ثانیاً ممتنع هر که باشد اجبار می‌شود. در حالی که در وقف اگر واقف مورد وقف را تحویل ندهد، عقد وقف باطل می‌شود و اجبار و الزامی هم در کار نیست.

مقدمهٔ علم -گاهی انجام کاری این فایده را دارد که انسان مطمئن شود وظیفهٔ خود را انجام داده است، اگرچه آن کار به طور مشخص و مسلم وظیفه و تکلیف او نبوده است. چنین امری را مقدمهٔ علم نامند. مثلاً هرگاه قبله را ندانیم؛ اگر به چهار جهت نماز بگزاریم مسلماً یکی از آنها رو به قبله بوده و تکلیف خود را ادا کرده‌ایم. در این مثال نماز گزاردن به جهت‌های دیگر مقدمهٔ علمی است و موجب می‌شود که یقین پیدا کنیم که وظیفهٔ خود را انجام داده‌ایم.

۱- **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، صفحه ۵۸، ۶۲ و ۷۱، جلد اوّل، مادهٔ ۵۹ ق.م: «اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد وقف محقق نمی‌شود، و هر وقت به قبض داد وقف تحقق پیدا می‌کند».

مقدمهٔ نفوذ - در پایان این تقسیم‌بندی اشاره به یك نوع دیگر از مقدمه لازم بنظر می‌رسد: مقدماتی در شرع و قانون وجود دارد که نمی‌توان آن را به طور دقیق جزو یکی از چهار قسم یاد شده دانست. مانند اجازهٔ ولی که شرط نفوذ عقد نکاح دختر بالغ است و مانند رضایت و اجازهٔ مالك در بیع فضولی و اجازه ورثه در ثلث، اثر این‌گونه مقدمات این است که عقد غیرنافذ را نافذ می‌کند پس باید آن را مقدمهٔ نفوذ عقد دانست و یا به مسامحه آن را جزو مقدمهٔ وجود یا مقدمهٔ صحت شمرد.

۲۰۳-چه مقدماتی مورد بحثند؟

در بحث مقدمهٔ واجب چه مقدماتی مورد بحثند؟

اولاً - مقدمات داخلی یعنی اجزاء مورد بحث نیستند. بلکه تنها مقدمات خارجی مورد بحثند. زیرا مسلم است که امر به مرکب امر به اجزاءِ آن نیز هست، و خواستن مرکب چیزی جز خواستن اجزاءِ آن نمی‌باشد.

ثانیاً - مقدماتی که واجب نسبت به آنها مشروط است از بحث وجوب مقدمه خارج است. زیرا پیش از وجود شرط، وجوبی نیست و پس از تحقق وجوب، شرط نیز موجود است و تحصیل حاصل محال می‌باشد. خلاصه آنکه: در بحث مقدمهٔ واجب، تنها مقدمات خارجی که واجب نسبت به آنها مطلق است مورد اختلاف است. دربارهٔ واجب مشروط و مطلق قبلاً بحث شده، به شمارهٔ ۶۵ مراجعه شود.

ثالثاً - بنابر عقیدهٔ صاحب فصول، که واجب معلق را نوعی دیگر در برابر واجب مطلق و مشروط دانسته وجوب آن را حالی و واجب را استقبالی می‌داند، مقدمات اختیاری واجب معلق نیز در این بحث داخلند. مثلاً تحصیل و حفظ آب برای وضوی فردا از امروز واجب است و همین‌طور کار کردن، پول درآوردن و نگهداری آن برای ادای دین آینده قبلاً واجب خواهد بود.

۲۰۴-حکم مسأله مقدمهٔ واجب و استدلال آن[1]

در اینکه مقدمهٔ واجب، واجب نفسی نیست، تردید نیست یعنی مقدمه خود ذاتاً مطلوب

۱- ***کفایة الاصول***، آخوند خراسانی، جلد اول، صفحهٔ ۲۰۰ و ***بدایع‌الافکار***، تقریرات آقا ضیاء عراقی، جلد اول، بحث مقدمهٔ واجب.

و مقصود نمی‌باشد.

و نیز در اینکه مقدمهٔ واجب، واجب تعبدی نیست بحثی نیست. یعنی در انجام مقدمه، قصد قربت لازم نیست. البته گاهی به دلیل مستقلی مقدمهٔ چیزی خود واجب تعبدی است مثل وضوء و غسل برای نماز که این از بحث ما خارج است.

همچنین در اینکه مقدمهٔ واجب، واجب اصلی نیست اختلاف نیست. زیرا واجب اصلی آن است که به طور مستقل مطلوب آمر باشد و مقدمه چنین وضعی ندارد.

پس بحث در این است که آیا مقدمهٔ واجب، واجب غیری توصلی تبعی هست یا نیست و به عبارتی دیگر مسأله این است که آیا خواستن چیزی از طرف کسی یا مقامی مستلزم خواستن مقدمه آن هم هست، هرچند به طور اجمال یا خیر؟ یعنی اگر از او بپرسند آیا مقدمهٔ آنچه را خواسته‌ای هم می‌خواهی یا نمی‌خواهی چه جواب خواهد داد؟ اگر بگوئیم جواب خواهد داد «بله، مقدمهٔ آن را هم می‌خواهم» در این‌صورت می‌گوئیم آمر، شارع، قانونگذار مقدمه را هم خواسته است، منتها به صورت تبعی، غیری، توصلی و اگر معتقد شویم که جواب خواهد دارد «خیر مقدمهٔ آن را نمی‌خواهم» در این صورت می‌گوئیم او مقدمه را نخواسته و مقدمه واجب نیست.

به زبانی ساده‌تر: فرض این است که امر آمر، دلالت لفظی بروجوب مقدمه ندارد ولی مسأله این است که آیا عقل ملازمه‌ای بین خواستن ذی‌المقدمه و خواستن مقدمه تشخیص می‌دهد یا نمی‌دهد. اگر عقل چنین بفهمد که خواستن چیزی مستلزم خواستن مقدمهٔ آن است، می‌گوئیم مقدمهٔ واجب، واجب است و اگر عقل چنین ملازمه‌ای را درک نکند می‌گوئیم مقدمهٔ واجب، واجب نیست.

بدین ترتیب می‌بینیم که بحث در درکِ عقلی است و به همین جهت این بحث را بحثی عقلی می‌دانیم، منتها عقلی استلزامی نه عقلی مستقل.

نکتهٔ دقیقی که در اینجا هست این است که نباید تصوّر کنیم چون معنای مقدمه بودن توقف داشتن چیزی بر آن است، پس حتماً وجود مقدمه برای بوجود آمدن ذی‌المقدمه لازم است و این معنای وجوب آن است. این توقف و وابستگی و تأثیر مورد تردید نیست و در اینکه اگر مقدمه بوجود نیاید، ذی‌المقدمه هم بوجود نخواهد آمد جای بحث نمی‌باشد (این را اصطلاحاً در اصول فقه می‌گویند لابُدّیت عقلی). آنچه مورد اختلاف است این است که با این

وضع و وصف آیا آمر خواهد گفت «بله... یا خیر»؟ اگر آمر شارع باشد، آیا مقدمه، واجب شرعی خواهد بود یا نه و اگر آمر قانونگذار باشد، آیا وجوب مقدمه یك حکم قانونی است یا خیر؟

بزرگان اصول در این مسأله به چهار دسته شده‌اند[۱]:

- مشهور اصولیین معتقدند به وجوب مقدمه مطلقاً.
- برخی مطلقاً آن را واجب ندانسته‌اند.
- تنی چند میان سبب و غیرسبب تفاوت قائل شده‌اند، بدین نحو که مقدمهٔ سببی را واجب دانسته و غیرسبب را واجب ندانسته‌اند.
- چند نفری شرط شرعی را واجب دانسته‌اند و جز آن را واجب ندانسته‌اند.

استدلال برای اثبات حکم مسأله - هر دسته دلائل متعددی دارند که وقت کلاس و امکانات دیگر اجازه نمی‌دهد آنها را طرح و بررسی کنیم. محققان را به مآخذی که در پاورقی‌ها نوشته شده رهنمون و تنها به ذکر یك دلیل بَرای عقیدهٔ مشهور اکتفا می‌شود:

مشهور اصولیین مقدمهٔ واجب را واجب می‌دانند و استدلال آنها گواهی وجدان و طبع سالم است بدین بیان که انسان اگر به وجدان و عقل خودش مراجعه کند، به شرط آنکه طبع سالمی داشته باشد وکج‌فهم نباشد، قطعاً خواهد پذیرفت که اگر کسی یا مقامی چیزی بخواهد و فرض کنیم خواستهٔ او متوقف بر چیزی دیگر باشد وجدان و عقل آدمی درمی‌یابد که خواستن آن چیز مستلزم خواستن مقدمه آن نیز خواهد بود.

این استدلال را به نحو دیگری هم می‌توان بیان کرد: اگر مقدمهٔ واجب واجب نباشد یا ذی‌المقدمه واجب است یا نیست. اگر واجب باشد تکلیف مالایطاق لازم می‌آید و اگر واجب نباشد لازم می‌آید که وجوب تکلیف واجب از بین رفته باشد و هر دو نتیجه محال و هر دو تالی فاسد است. پس باید گفت مقدمهٔ واجب، واجب است[۲].

۱- ***فصول فی‌الاصول***، محمدحسین بن عبدالرحیم، در مقدمه واجب و مطارح‌الانظار، میرزا ابوالقاسم کلانتر صفحه‌های ۸۴ و ۸۵.

۲ - ***شرح باب حادی عشر***، فاضل مقداد، صفحهٔ ۶.

۲۰۵-ثمرهٔ نزاع

بحث مقدمهٔ واجب را از نظر فایدهٔ عملی، بیشتر علما بحثی کم‌فایده و بعضی بی‌فایده دانسته‌اند. ولی فایدهٔ مسئله اصولی چنانکه قبلاً نیز گفته شد این است که بتواند برای استنباط احکام فقهی مؤثر باشد. این فایده را برای مقدمهٔ واجب نیز می‌توان تصور نمود، در فقه به میزانی بیشتر از حقوق و در حقوق موارد زیر را می‌توان از فوائد بحث مقدمهٔ واجب شمرد:

- هرگاه کسی دیگری را به انجام عملی دستور دهد یا قراردادی برای انجام کاری با او امضا نماید و پیش از انجام عمل، آمر ادامهٔ کار را نخواهد و یا قرارداد را بهم زده، فسخ نماید در حالی که مأمور و طرف قرارداد اگرچه کار را انجام نداده ولی مقدماتی برای انجام آن فراهم نموده باشد، آیا مأمور می‌تواند برای انجام مقدمات کار از آمر اجرت‌المثل بخواهد یا نه؟

اگر مقدمه را واجب بدانیم، یعنی اگر دستور انجام کار را شامل انجام مقدمات هم بدانیم، هرچند به نحو تبعی غیری باشد، دراین‌صورت مقدمات به دستور آمر یا به موجب قرارداد انجام گردیده و موجب اجرت‌المثل است ولی اگر مقدمه واجب نباشد و دستور و قرارداد شامل انجام مقدمات نباشد، در این‌صورت نمی‌توان گفت کارهای مقدماتی اجرت دارد[1].

- مادهٔ ۵۶۵ قانون مدنی بر همین اساس می‌گوید: «... ولی اگر جاعل در اثنای عمل رجوع نماید باید اجرت‌المثل عمل عامل را بدهد[2]» به نظر نمی‌رسد جعاله خصوصیتی داشته باشد، در هر قراردادی همین حکم را می‌توان داشت. بنابراین مثلاً اگر دو نفر طبق مادهٔ ۱۰ قانون مدنی باهم قراردادی ببندند مبنی بر ایجاد ساختمانی و پیمانکار، وسائل و ابزار کار را در محل نصب نماید و برای این کار مخارجی متحمل شود و چندی بعد صاحب کار قرارداد را به هم زند و فسخ نماید، اگر الزام و التزام و تعهد ناشی از قرارداد را به نحوی حتّیٰ به نحو تبعی عقلی شامل مقدمات هم بدانیم، می‌توانیم پیمانکار را مستحق دریافت اجرت‌المثل بشناسیم وگرنه الزام صاحب کار به پرداخت اجرت‌المثل موجه نخواهد بود.

- هرگاه کسی تعهد کند که مال غیرمنقولی را به دیگری بفروشد و بخواهد این تعهد را وسیلهٔ وکیل خود انجام دهد، ملزم است وکالت‌نامه‌ای به صورت رسمی تنظیم کند. زیرا

۱- **بدایع‌الافکار**، مرحوم آقاضیا عراقی، جلد اوّل صفحه ۳۹۷.

۲- **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، جلد دوم، در جعاله، صفحهٔ ۱۲۶ و ۱۲۷.

می‌دانیم که به موجب قانون ثبت معاملات مربوط به اموال غیرمنقول باید به ثبت برسد تا اعتبار و ارزش قانونی یابد و برای ثبت سند لازم است که سمت طرفین قرارداد محرز باشد و اگر وکالت‌نامه رسمی نباشد ممکن است سمت وکیل مورد انکار یا تردید قرار گیرد. بنابراین وجوب و لزوم تنظیم سند رسمی برای معامله، مستلزم وجوب و لزوم تنظیم سند رسمی وکالت‌نامه است.

– به موجب قاعدهٔ علی‌الید رد عین مال غیر به صاحبش واجب است و هرگاه ردّ آن مستلزم مؤونه و مخارجی باشد این مخارج از باب وجوب مقدمه بر عهدهٔ آخذ و متصرف مال غیر است[1].

۲۰۶- مقدمهٔ حرام

در پایان بحث مقدمهٔ واجب به مقدمهٔ احکام دیگر نیز اشاره و از مقدمهٔ مستحب و مکروه و حرام یاد می‌کنیم. خلاصهٔ مطلب در این قسمت این است که: اگر در مقدمهٔ واجب معتقد به ملازمهٔ عقلی باشیم، نسبت به مقدمهٔ مستحب نیز باید همین عقیده را داشته باشیم. زیرا از این جهت بین آنها تفاوتی نیست. ولی مقدمهٔ مکروه و حرام چنین نیستند. یعنی نمی‌توان گفت مقدمهٔ حرام، حرام است و مقدمهٔ مکروه، مکروه است. زیرا بین هر یك از مقدمات مکروه و حرام و بین ذی‌المقدمهٔ آنها ملازمه‌ای تصور نمی‌شود. چه، حرام یا مکروه ممکن است حتّیٰ با جمع تمام مقدمات آنها ترك شوند. چنانکه شخصی که تمام شرائط و اسباب را برای رشوه گرفتن مهیا داشته باشد می‌تواند به طور ارادی از ارتکاب آن خودداری کند. پس انجام مقدمات حرام و مکروه ملازمه‌ای با انجام حرام و مکروه ندارند و لذا در حکم تابع آنها نیستند. تنها یك صورت را باید درنظر گرفت و آن موردی است که همهٔ عوامل برای ارتکاب حرام و مکروه آماده باشد جز یك مقدمهٔ اختیاری که اگر آن مقدمهٔ اختیاری انجام گیرد حرام انجام خواهد گرفت در این صورت بین ترك این یك مقدمهٔ اختیاری و ترك حرام ملازمه حاصل می‌شود و در نتیجه انجام آن مقدمه حرام می‌گردد. مثلاً کسی می‌داند در منزل دوستش بساط قمار گسترده است و اگر آنجا برود حتماً مرتکب خواهد شد و تنها راه فرار از آن، نرفتن به منزل اوست. در

---

۱ – **متاجر**، شیخ انصاری، جلد هفتم، صفحه ۱۸۱.

این فرض بین رفتن به منزل دوست و ارتکاب قمار ملازمه‌ای است و رفتن به آنجا حرام می‌شود. صاحب کفایه در این مورد تعبیری رسا دارد که در پاورقی نقل می‌شود[1] و مضمون آن این است: مقدمه حرام و مکروه متصف به حرمت و کراهت نمی‌شوند... بلی؛ اگر با انجام مقدمه‌ای، آنچه باید ترک شود ترک نمی‌شود، به ناچار باید از انجام آن مقدمه پرهیز کرد.

۲۰۷- شرائط عامهٔ تکالیف

در پایان این مطلب اشاره به یك اصطلاح دیگر لازم به نظر می‌رسد و آن اصطلاح «شرایط عامهٔ تکالیف» است. منظور از آن این است که چند چیز است که برای هر تکلیفی شرط است. بدین معنا که باید چند چیز قبلاً موجود باشد تا بتوان تکلیفی را از انسان خواست و آنها عبارتند از: بلوغ، عقل و قدرت. زیرا بدیهی است که کودك و دیوانه را نمی‌توان مکلّف به کاری نمود و نیز تکلیف به کاری که از حدود قدرت انسان خارج باشد «تکلیف بما لایطاق» است و صحیح نیست.

این شرائط را در حقوق نیز مورد بحث قرار می‌دهند. در شرائط اساسی برای صحت معامله، بند دوّم مادهٔ ۱۹۰ قانون مدنی اهلیّت طرفین معامله را شرط اساسی صحت معامله قرار داده و مادهٔ ۲۱۱ همان قانون اهلیّت را بلوغ و عقل و رشد دانسته است. مادهٔ ۳۴۸ آن قانون نیز قدرت بر تسلیم را شرط صحت معاملهٔ بیع دانسته است و چون خصوصیتی در بیع نیست، این حکم شامل عقود دیگر و ایقاعات هم می‌شود. تفصیل این قسمت و اینکه بلوغ و عقل و قدرت در حقوق و شرع تا چه اندازه مؤثر در تکلیف و تعهدات و حقوق است، محتاج بحث بیشتری است که اینجا مجال آن نیست. در پایان این بحث مواد یاد شده، در زیرنویس آورده می‌شوند[2].

۱- *اَمّا مُقَدَّمَةُالْحَرامِ وَالْمَکْرُوهِ فَلاتَکادُ تَتَّصِفُ بِالْحَرَمَةِ اَوِالْکَراهَةِ... نَعَمْ مالایَتَمَکَّنُ مَعَهُ مِنَ التَرْكِ الْمَطْلُوبِ لامحالَةَ یَکونُ مَطْلوبَ التَرْكِ...*، کفایةالاصول، صفحهٔ ۲۰۳ و ۲۰۵، جلد اول.

۲- ماده ۱۹۰ ق.م: «برای صحّت هر معامله شرائط ذیل اساسی است:

۱) قصد طرفین و رضای آنها.   ۲) اهلیت طرفین.   ۳ و ۴)...».

ادامه پاورقی در صفحه بعد

علم به تکلیف و موضوع آن نیز مسأله دیگری است که قابل بحث و گفتگوی بسیار است: آیا تکالیف مشروطند به علم یعنی تا به آنها علم حاصل نشود تحقق نمی‌یابند؟ یا اینکه چنانکه مشهور است، جهل به تکلیف رافع مسؤولیت نیست و در نتیجه تکالیف وجود دارند و تحصیل علم به آنها واجب است؟ یا فرق است بین موارد مختلف، بدین نحو که علم در بعض موارد شرط تکلیف بوده و تکلیف نسبت به آن واجب مشروط است و در مواردی دیگر شرط تکلیف و مقدمهٔ وجوبی آن نیست، بلکه مقدمهٔ وجود آن است و تکلیف نسبت به آن مطلق است و تحصیل علم به تکالیف واجب؟ اینها همه مسائلی است قابل بررسی و در اینجا به همین اشاره اکتفا می‌شود که شرائط عامهٔ تکلیف از بحث وجوب مقدمه خارج است و نمی‌توان آنها را واجب دانست. به تعبیر دقیق‌تر هر تکلیفی نسبت به شرائط عامه واجب، مشروط است نه مطلق و می‌دانیم که در بحث مقدمهٔ واجب فقط مقدماتی که واجب نسبت به آنها مطلق است مورد بحث می‌باشند.

در توجیه وجوب تحصیل علم به تکلیف و به مکلف به برخی از اصولیین[۱] توجیهاتی آورده‌اند که دانشجویان را به آنها رهنمون می‌شود از جمله آنکه تحصیل علم به تکلیف به دلیل عقلی واجب است. و برخی دیگر وجوب تحصیل علم را با ادله دیگر غیر از ادله تکلیف دانسته‌اند[۲].

ادامه پاورقی از صفحه قبل

ماده ۲۱۱ ق.م: «برای اینکه متعاملین اهل محسوب شوند باید بالغ و عاقل و رشید باشند».

ماده ۳۴۸ ق.م: «بیع... چیزی که بایع قدرت بر تسلیم آن ندارد باطل است...».

۱- ***انوارالاصول***، آیت‌الله مکارم شیرازی، ج ۱، ص ۳۷۴ به بعد.

۲- ***تقریرات اصول***، مرحوم استاد شهابی، ص ۷۴ و ۷۵ زیرنویس.

آیا إذن در شیئی إذن در لوازم آن است؟

۲۰۸-لزوم طرح مسأله

آیا إذن در شییء مستلزم إذن در لوازم آن است؟ و به عبارت دیگر اگر شرع یا قانون اجازه دهد که کاری انجام گیرد، آیا این اجازه مستلزم اجازهٔ انجام لوازم آن کار هم هست یا نه؟ شاید به نظر برسد که طرح این مسأله بیجاست زیرا با فرض اینکه انجام کار مأذون باشد و با قبول اینکه آن کار لوازمی هم دارد، دیگر جای تردید نیست که لوازم آن هم مأذون است. در تأیید این نظر تعبیر یك رأی قضائی را در این باره می‌توان ذکر کرد: رأی شماره ۳۹۱۵ مورخ ۱۳۲۵/۴/۱۵ دادگاه انتظامی قضات چنین است:

«... و این امر از مسلمات غیرقابل تردید می‌باشد که إذن در شییء إذن در لوازم آن خواهد بود...» با این همه برای اینکه حدود و قیود این قاعده روشن شود طرح و بحث آن در اینجا لازم به نظر می‌رسد.

۲۰۹-فرق مبحث مقدمهٔ واجب با مبحث أذن در شییء أذن در لوازم آن است

بـه طوری کـه در بـحث مـقدمهٔ واجب گـذشت، مـقدمه عـبارت است از چیزی کـه ذی‌المقدمه بر آن متوقف بـاشد و تـرتیب عـقلی مـقدمه و ذی‌المـقدمه، چـنانکه از اسـمشان پیداست، این است که مقدمه از حیث زمان پیش از ذی‌المقدمه باشد. بـدین جـهت مـقدمات داخلی و شرط متأخر را با تعبیر و تفسیر و اینکه از حیث «رتبه» مقدم بر ذی‌المقدمه خود هستند به بحث مقدمه برمی‌گردانند. همین نکته پایه و اساس فرق بین این دو بحث را تشکیل می‌دهد. زیرا ترتیب عقلی بین لازم و ملزوم این است کـه لازم مـؤخر از مـلزوم بـاشد. مـثلاً در نکـاح، رضایت طرفین، مقدمه شرطی و مقدم است و وجوب نفقه لازمهٔ آن ومؤخر بر آن است. فرق دیگر اینکه مقدمه و ذی‌المقدمه هر یك وجود مستقل و جدای از یکدیگرند در حالی که لازم، عرضی است که با ملزوم به وجود می‌آید. چـنانکه در مـثال بـالا رضـایت مـفهومی است کـه وجودی مستقل از نکاح دارد، لکن وجوب نفقه با عقد نکاح به وجود می‌آید و وجودی خارج از آن ندارد. بنابراین با تفاوتی که بین بحث مقدمهٔ واجب و بحث «إذن در شییء إذن در لوازم آن

است» وجود دارد نمی‌توان تصور کرد که با بحث اوّل از بحث دوّم بی‌نیاز می‌شویم. از این جهت هر دو بحث را باهم در این کتاب آورده‌ایم.

مثال دیگر برای این قاعده توارث زوجین از یکدیگر در نکاح دائم است؛ که توارث از آثار و لوازم نکاح دائم است و اذن و موافقت با ازدواج دائم مستلزم موافقت با توارث است بی‌آنکه صریحاً توارث مورد موافقت قرار گرفته باشد.

۲۱۰-*إذن و اقسام آن*

إذن در اصطلاح فقها به معنای موافقت قبلی با امری است و با اجازه فرق دارد. زیرا در این اصطلاح اجازه را به معنای موافقت بعدی می‌دانند و از آن به «تنفیذ» تعبیر می‌کنند. مثلاً می‌گویند إذن ولی در نکاح دختران شرط است و نیز می‌گویند هرگاه معامله‌ای فضولی صورت گرفته باشد، اجازهٔ مالك آن را نافذ می‌کند. لکن همیشه چنین نیست و بسیار دیده شده که إذن و اجازه را مترادف گرفته، هر یك را به جای دیگری به کار می‌برند. مادهٔ ۱۰۴۳ چنین است: «نکاح دختری که هنوز شوهر نکرده... متوقف به اجازهٔ پدر یا جدّ پدری اوست».

إذن بر دو قسم است: صریح و ضمنی؛ إذن صریح موافقت روشن و کامل با امری است مثل اینکه پدری به خواستگاری دخترش جواب موافق دهد و در مراسم نامزدی، عقد و ازدواج او هم حاضر شود و اسناد مربوط به نکاح را امضا کند.

إذن ضمنی موافقت غیرروشن یا عدم مخالفت در امری است به نحوی که بتوان از آن رضایت شخص را استنباط کرد. مثل اینکه مال کسی را به طور فضولی بفروشند و پول آن را گرفته به او بدهند و او پول را بگیرد و حرفی نزند؛ این را شاهد حال گویند. إذن ضمنی ممکن است به صورت إذن فحوا باشد و آن عبارت است از اینکه در موردی بتوان به طریقی رضایت کسی را استنباط کرد. مثل اینکه شخصی دوستی را به منزل خود میهمان کند، می‌توان گفت که با وضو گرفتن او و نماز گزاردنش در آن منزل و یا مطالعهٔ کتاب‌های او هم راضی است. إذن فحوا دلالت التزامی کلام است.

دربارهٔ اذن و اجازه باتفصیل بیشتری در کتاب قواعد فقه تالیف نگارنده بحث شده است.

۲۱۱-*لوازم*

منظور از لوازم در قاعدهٔ «إذن در شیىء إذن در لوازم آن است» چیست؟ لوازم جمع لازم است و «لازم» اصطلاحی منطقی است که در فقه و اصول و حقوق به کار رفته است و برای

شناختن صحیح آن و انواع و اقسام آن باید به اصطلاح منطقیین مراجعه کرد.

در منطق «لازم» را در بحث کلیات خمس آورده‌اند[۱] در آنجا از جنس، نوع، فصل، عرض خاص و عرض عام گفتگو می‌شود و سپس عرض را به دو قسمت تقسیم می‌کنند: عرض لازم و عرض مفارق. جنس و نوع و فصل خارج از موضوع بحث ماست، ولی دربارهٔ «عرض لازم» و «عرض مفارق» باید توضیح داد تا مطلب روشن شود.

عرض (یا عرضی، به تعبیر دقیق[۲]) در بحث کلیات خمس عبارت از چیزی است که خارج از ماهیت و ذات اشیاء باشد. مانند علم و هنر و صنعت که خارج از ذات و ماهیت فرد انسانی است و در اثر آموختن و اکتساب بدست می‌آیند و به اصطلاح منطقی بر او «عارض می‌شوند».

عرض، گاهی، به نحوی است که در مدّت زمانی همراه معروض است ولی دوام و همیشگی نداشته و ممکن است از آن جدا شود، مانند عوارض گفته شده در مثال پیش و مانند جهیزیه داشتن همسر. این نوع عرض را در اصطلاح منطق «عرض مفارق» گویند.

در برابر اصطلاح عرض مفارق، «عرض لازم» به‌کار می‌رود که دوام و همیشگی داشته، از معروض لاینفکّ است. مانند سفیدی شیر و سیاهی ذغال و فکر کردن انسان.

عرض لازم که به اختصار آن را «لازم» تعبیر می‌کنند، به تقسیمی بر دو گونه است:

لازم بیّن و لازم غیربیّن[۳] و هریک بر دو قسم است: به معنای اخص و به معنای اعم، پس اقسام لازم چهار است :

لازم بیّن به معنای اخص، لازم بیّن به معنای اعم، لازم غیربیّن به معنای اخص و لازم غیربیّن به معنای اعم.

برخی از منطقیین آن را به سه قسمت تقسیم کرده‌اند: لازم بیّن به معنای اخص، لازم بیّن به معنای اعم و لازم غیربیّن[۴] و آن را به شرح زیر توضیح می‌دهند:

لازم بیّن به معنای اخص آن است که از تصور ملزوم تصور لازم به نظر آید، مانند تصور

۱- **حاشیهٔ ملاعبدالله**، درمنطق، صفحهٔ ۳۲ و **منظومه** سبزواری در منطق، صفحهٔ ۲۶ و **شرح اشارات** در منطق، صفحهٔ ۲۸.

۲- **رهبر خرد**، مرحوم استاد شهابی، بحث کلیات خمس، صفحهٔ ۶۰.

۳- بیّن با تشدید یاءِ مکسوره بر وزن «سیّد». بیّنه، به معنای شهادت دو مرد عادل، مؤنث آن است.

۴- **کتاب منطق**، تألیف محمدرضاالمظفر. صفحهٔ ۱۰۰-۹۹.

نکاح و زوجیت.

لازم بیّن به معنای اعم آن است که از تصور لازم و ملزوم و رابطهٔ بین آنها یقین حاصل شود که بین آن دو، ملازمه وجود دارد. مانند تصور نکاح و خویشاوندی.

لازم غیربیّن آن است که اگرچه میان لازم و ملزوم ملازمه وجود دارد ولی پی بردن به این ملازمه به فکر و اعمال نظر و استدلال احتیاج دارد. مانند تصور نکاح و غیرقابل فسخ بودن آن.

تشخیص تفکیك بین لوازم و عوارض بخصوص برای اعمال قاعدهٔ مورد بحث نهایت ضرورت دارد تا موجب اشتباه نشود.

تشخیص این دو در استدلال‌ها و نتیجه‌گیری‌ها بسیار مهم است و عدم توجه به آن موجب نتیجه‌گیری غلط و نادرست می‌شود. مثلاً آیا بین مجازات کیفری داشتن عملی و بطلان و بی‌اثر بودن آن ملازمه است؟ گاهی چنین است، مانند جرائم کلاهبرداری، خیانت در امانت و اختلاس که مجرم هم مجازات دارد و هم مالك اموالی که بدست می‌آورد نمی‌شود. ولی همیشه این‌طور نیست، چه ممکن است عملی مجازات کیفری داشته باشد ولی از نظر حقوقی صحیح باشد، مانند نکاح زن دوّم بدون اجازهٔ دادگاه (ماده ۱۴ قانون حمایت خانواده. این قانون پس از انقلاب تغییراتی یافته است). و مانند گران فروشی که مجازات دارد ولی طرفین مالک مورد معامله می‌شوند.

۲۱۲- لازمهٔ ذات عقد، لازمهٔ اطلاق عقد

در فقه و حقوق گاهی عوارضی را لازمهٔ عقد می‌دانند که ممکن است با معیاری که گفته شد، وفق ندهد. باید توجّه داشت که عقد دو گونه لوازم دارد: یکی لوازمی که لازمهٔ ذات آنهاست که از آن به مقتضای ذات عقد تعبیر می‌کنند. مثلاً می‌گویند مقتضای عقد اجاره ملکیت منافع عین مستأجره است برای مستأجر. دیگری لازمهٔ اطلاق عقد و منظور از آن این است که اطلاق عقد اثر و خاصیتی مخصوص خواهد داشت. مثلاً هرگاه در عقد اجاره اشاره‌ای به زمان تحویل مورد اجاره نشود مقتضای اطلاق عقد اجاره این است که بلافاصله پس از انعقاد عقد مورد اجاره به مستأجر تحویل داده شود. برای تفصیل بیشتر در این مورد می‌توان به کتاب حقوق مدنی مرحوم دکتر امامی، جلد اوّل، دربحث مربوط به اقسام شرط مراجعه کرد. به نظر می‌رسد «قاعدهٔ إذن در شییء إذن در لوازم آن است» هر دو نوع لازمهٔ یاد شده را فرامی‌گیرد. زیرا ملاك این قاعدهٔ عقلی وجود ملازمه بین چیزی و آثار و لوازم آن است و از این حیث بین لازمهٔ ذات عقد و لازمهٔ اطلاق عقد تفاوتی نیست. بنابراین هرگاه مالک به وکیل خود اجازه دهد ملک او را

اجاره دهد و وکیل این کار را انجام دهد منفعت ملک مال مستأجر می‌شود و مالک باید فوراً ملک را به مستأجر تحویل دهد.

۲۱۳- حکم مسئله

اکنون می‌رسیم به بیان حکم مسأله و اینکه آیا إذن در شییء مستلزم إذن در لوازم آن هست یا نه؟ به نظر می‌رسد جواب مثبت است. چه، این حکمی عقلی و ادراك روشن ذوق سلیم است که هرگاه شرع یا قانون عملی را مجاز شمارند، لوازم و آثار لاینفك آن را نیز باید مجاز بدانند و به طوری که قبلاً نیز اشاره شد، در یك رأی قضائی صادره از دادگاه انتظامی قضات هم این مطلب را به صورت یك اصل مسلم تلقی و از آن نتیجه‌گیری کرده‌اند. رأی مزبور ذیلاً نقل می‌شود:

«مقتضای اختیار ازدواج زن قبل از رسیدن به بلوغ قانونی که عبارت از هیجده سال تمام باشد آن است که زمام کلیهٔ امور مربوط به ازدواج نیز به اختیار او باشد. به این معنا که اگر بین او و شوهر نزاع و خصومتی که ناشی از امر ازدواج است رخ داد اعم از حقوقی و جزائی و اعم از اینکه زن مدعی باشد یا مدعاعلیه، به هر حال طبیعت اختیار در تسبیب سبب، ملازم با داشتن اختیار در کلیهٔ خواص و آثار ناشیه از آن خواهد بود و این امر از مسلمیات غیرقابل تردید می‌باشد که إذن در شییء إذن در لوازم آن خواهد بود. بنابراین اصل ثابت مسلم می‌بایست چنانچه دعوایی بین زن و شوهر که منشاءِ آن عقد نکاحی بوده که به اختیار خود او صورت گرفته حق دعوا و دفاع از آن نیز به او داده شود و روی همین قاعده نمی‌بایست در دعوای تمکین زوج به زوجه قبل از رسیدن به رشد قانونی به سایر دعاوی معطوف شده و زن طرف دعوا شناخته نشود...» رأی انتظامی ۳۹۱۵-۱۳۲۵/۴/۱۵[1].

با اینکه این قاعده‌ای است عقلی و محتاج دلیل دیگر نیست، می‌توان به استناد مادهٔ ۱۰۰ قانون مدنی نیز آن را اثبات کرد، قسمتی از مادهٔ مزبور چنین است:

«... اگر خرابی مجرا مانع عبور آب شود مالك خانه ملزم نیست که مجرا را تعمیر کند بلکه صاحب حق باید خود رفع مانع کند. در این صورت برای تعمیر مجرا می‌تواند داخل خانه یا زمین شود...» نحوهٔ استنباط از این ماده این است که قانونگذار به دارندهٔ حق ارتفاق اجازه داده

۱- برای دیدن نظر مخالف به مقالهٔ ***توجیه و نقد رویهٔ قضائی***، نوشتهٔ آقای دکتر ناصر کاتوزیان، صفحه ۲۶۲ تا ۲۶۵ مراجعه شود.

است برای تعمیر مجرای آب وارد خانه یا زمین غیر شود و این اجازهٔ قانونی مبتنی بر همین قاعدهٔ عقلی است.

و نیز می‌توان به ماده ۸۵ قانون امور حبسی برای اثبات آن استناد کرد: «ولیّ یا قیّم می‌تواند در صورتی که مقتضی بداند به محجور اجازه اشتغال به کار یا پیشه بدهد و در این صورت اجازه نامبرده شامل لوازم آن کار یا پیشه هم خواهد بود».

۲۱۴- *مثال‌های دیگر*

۱- فقها[1] می‌گویند: مباح بودن اجرت مستلزم مباح بودن کار است. توضیح آنکه یکی از موارد استثنا شده از حرمت غنا آواز خواندن زنان در عروسی‌هاست. در حدیث آمده است که: اجرت زن آوازخوانی که در عروسی‌ها می‌خواند ایرادی ندارد. فقها از حلال بودن اجرت نتیجه‌گیری کرده‌اند که: کار آواز خواندن زنان در عروسی‌ها جائز است.

۲- گفتیم که تشخیص و تفکیك اعراض از لوازم در استدلال‌ها و نتیجه‌گیری بسیار مهم است. مثال زیر گواه این گفتار است:

فقها[2] می‌گویند: اجازهٔ بیع فضولی مستلزم اجازه قبض ثمن یا اقباض مبیع نیست. توجیه مطلب این است که قبض و اقباض لازمهٔ بیع نیست، نه لازمهٔ ذات عقد بیع است و نه لازمهٔ اطلاق آن. بلکه از آثار و عوارض خارج از آن است که پس از انعقاد بیع باید آن را انجام داد. اجازه دادن به کسی که مالی را بفروشد بدین معنا نیست که مجاز باشد آن مال را تحویل دهد و عوض آن را بگیرد بلکه برای این کار اجازه‌ای دیگر باید داده شود.

۳- إذن مرتهن به راهن در فروش مورد رهن مستلزم فك رهن است. و این حکم مورد اتفاق نظر فقهاست[3].

۴- مستأجر حق دارد عین مستأجره را اجاره دهد[4] مگر اینکه در قرارداد یا به موجب قانون منع شده باشد. تحویل آن به مستأجر دوم نیز احتیاج به اجازه موجر ندارد. مبنای هر دو حکم همین قاعده است.

۵- هرگاه حاضر کردن مکفول مستلزم هزینه باشد و عقد کفالت با إذن او منعقد شده

۱- **مکاسب**، شیخ انصاری، در مبحث غنا.

۲- مأخذ پیش تنبیه پنجم بیع فضولی.

۳- **جواهرالکلام**، شیخ محمد حسن نجفی، باب رهن.

۴- **شرح لمعه**، شهید ثانی، جلد ۲، صفحه ۵.

باشد، کفیل می‌تواند هزینه را از مکفول مطالبه کند.

۶- صلاحیت دادگاه حقوقی یك در رسیدگی به امور غائب مفقودالاثر بالملازمه شامل تعیین امین برای اداره غائب نیز می‌شود، رأی شماره ۵۳۲-۱۳۶۸/۱۲/۲۱.

با تصویب قانون دادگاه‌های عمومی و انقلاب این دادگاه دیگر وجود ندارد.

۷- قبول مقام از طرف حاکم ستمکار حرام است. ولی اگر حاکم ستمکار کسی را مجبور به قبول مقامی کند، اکراه او حرمت قبول مقام را از بین می‌برد. از بین رفتن این حرمت، یعنی اذن در قبول این مقام، مستلزم اذن در ارتکاب لوازم این کار مثل انجام دستورهای آن حاکم ستمکار هم می‌باشد[۱].

۸- اذن مولا در نکاح بردهٔ خود مستلزم صحت عقد و لزوم مهرالمثل و نفقهٔ زوجهٔ برده برعهده مولاست. گرچه این مسئله موضوعاً منتفی است ولی مثال خوبی برای بحث ماست.

۲۱۴/۱- بسط کلام

عنوان بحث ما این بود: «اذن در شیئی مستلزم اذن در لوازم آن است». اکنون می‌توان نتیجهٔ این بحث را بسط داد و گفت: تعهد به چیزی تعهد به لوازم آن است. مثلاً هرگاه شوهر در برابر همسرش به‌هنگام عقد ازدواج تعهد کند که ملک معینی را مهریهٔ او کند، این تعهد مستلزم آن است که شوهر سند رسمی آن ملک را به نام همسرش کند و هر کاری در این راه لازم باشد، و مخارج آن نیز، برعهدهٔ اوست. به بیان دیگر صرف انتقال آن ملک بدون سند یا با سند عادی شوهر را بریء الذمه نمی‌کند چون لازمهٔ انتقال ملک تنظیم سند رسمی است.

۱- **متاجر**، شیخ انصاری، ص ۵۷.

قاعدۀ استصلاح یا مصالح مرسله

۲۱۵- مقدمه: نظریۀ مصلحت

همۀ مذاهب اسلامی متفق‌القولند که احکام شرع اسلام مبتنی است بر مصالح و مفاسد. یعنی آنچه واجب شمرده شده دارای مصلحتی و آنچه حرام شمرده شده دارای مفسده و مضرتی است. در آیات قرآنی و روایاتی که از پیغمبر و ائمه (علیهم‌السلام) رسیده نیز دلائلی بر این مطلب وجود دارد.

برخی از این مذاهب مجتهدین را موظف و مکلّف می‌دانند بر اینکه در مواردی که مصلحت و مفسده (علل احکام) بیان نشده به تحقیق و تفحص برای کشف علت بپردازند و آن را در استنباط احکام در موارد سکوت شرع به کار برند. به عبارت دیگر علل مستنبطه را هم حجّت می‌دانند. در حالی که بعضی مذاهب دیگر مثل مذهب امامیه و مذهب ظاهری استنباط علت را لازم نمی‌دانند و حکمی را با آن اثبات نمی‌کنند. به طوری که در فصل قیاس گفته شد، مذاهب اسلامی در این قسمت به دو دسته تقسیم می‌شوند: یك دسته مذاهبی که قیاس مستنبط‌العله را حجّت می‌دانند، دستۀ دیگر آنهائی که این نوع قیاس را حجّت نمی‌دانند. در میان آن گروه که علل مستنبطه را حجّت می‌دانند برخی چون شافعی‌ها مخالفت با آن را مجاز نمی‌شمارند، اینان قیاس را حجّت می‌دانند، ولی استحسان و استصلاح را حجّت نمی‌دانند. زیرا این دو را مخالف قیاس می‌شمارند. امّا برخی دیگر مثل حنفی‌ها مخالفت با قیاس را در مواردی که تحت قاعدۀ استحسان درآید جائز می‌شمارند. لیکن این قاعده را در ردیف ادلۀ استنباط احکام (قرآن، سنت، اجماع و قیاس) قرار نمی‌دهند، بلکه آن را مکمل قیاس می‌دانند. مالکی‌ها از این هم پا را فراتر گذاشته معتقدند که مصلحت سنجی و رعایت قاعدۀ استصلاح مفید و لازم و در ردیف ادلۀ فوق‌الذکر است. از این جهت بحث از نظریۀ استصلاح در درس مبانی استنباط لازم به نظر می‌آید.

۲۱۶- تعریف استصلاح و مصلحت مرسله

استصلاح در لغت به معنای مصلحت‌اندیشی و در اصول فقه، فقه و حقوق عبارت است از اینکه احکام فقهی را مبتنی بر مصالح مرسله بدانیم. منظور از مصالح مرسله مصلحتی است که دلیل خاصی نه بر وجوب رعایت آن رسیده و نه بر حرمت آن. پس می‌توان گفت که استصلاح عبارت است از سنجیدن و رعایت کردن مصلحت و مفسده[1].

غزالی در کتاب مستصفیٰ دسته‌بندی زیر را برای مصلحت از حیث ارزش آن در نظر شرع ذکر می‌کند:

۱- مصلحتی که قرینه‌ای از شرع بر صحت و اعتبارش رسیده، مانند علل مستنبطه در قیاس که از متنی یا اجماعی استفاده می‌شود، رعایت این مصلحت لازم است.

۲- مصلحتی که برخلاف شرع باشد و آن نظیر مصلحتی است که در مقام فتوا دادن در مورد کفارهٔ افطار روزهٔ رمضان از طرف فقیهی دربارهٔ یکی از پادشاهان در نظر گرفته شده، بدین خلاصه که فقیه دربارهٔ او به وجوب دو ماه پیاپی روزه گرفتن فتوا داده، در حالی که از نظر شرعی کفارهٔ روزه‌خواری تخییر بین روزهٔ دو ماه پیاپی یا آزادی برده یا اطعام شصت نفر گرسنه، آنچه آن فقیه را بر آن فتوا واداشته رعایت این مصلحت است که اطعام گرسنه و آزادی برده برای ملوك در برابر افطار روزه کاری آسان است و آنها و مالداران دیگر خواهند توانست با پذیرفتن این کفارهٔ مالی تمام ماه رمضان را افطار کنند... غزالی این مصلحت‌اندیشی را برخلاف شرع دانسته می‌گوید در شرع بین شاه و گدا در حکم و از جمله در کفارهٔ روزه تفاوتی گذاشته نشده. بعلاوه چنین مصلحت‌اندیشی ارزش دین خدا را در نظر شاهان و دیگران تا به سطح یك نظر و عقیدهٔ شخصی تنزل می‌دهد و بدین جهات چنین مصلحتی نمی‌تواند متبع باشد.

۳- مصلحتی که شاهد و قرینه‌ای بر صحت یا بطلانش در شرع دیده نشده. این‌گونه مصلحت به شرط اینکه ضروری، قطعی و کلّی باشد، لازم‌الرعایه است. اندکی بعد در این باره بحث بیشتری خواهیم داشت.

منظور از مصالح مرسله همین نوع سوّم است.

۱- ***انوارالاصول***، آیةالله مکارم، ج ۲، ص ۵۳۷، چاپ دوم، قم، ۱۴۱۶.

۲۱۷- چند مثال دیگر برای استصلاح

مثال‌های زیر نمونه‌هائی از مسائلی است که بر نظریهٔ مصالح مرسله مبتنی می‌باشند:

۱- حکم به انحلال زوجیت بین غایب مفقودالاثر و زوجهٔ او، در صورتی که زوجهٔ وی بخواهد، براساس رعایت مصلحت در مذهب مالکی مجاز است، هرچند زوجه از جهت نفقه در زحمت نباشد.

۲- متأخرین از فقهای حنبلی و حنفی فتوا داده‌اند به اینکه تصرفات مالی بدهکاری که بدهی وی بیش از دارائیش باشد (دین مستوعِب و دین مستغرِق) غیرنافذ است. مبنای این حکم رعایت مصالح مرسله است.

۳- برخی فتوا داده‌اند به اینکه معاملات اموال غیرمنقول تا وقتی که ثبت نشده باشد موجب انتقال عین یا منفعت آن به خریدار و منتقل‌الیه نمی‌باشد. این فتوا نیز براساس رعایت مصلحت (جلوگیری از معاملات معارض و تولید اختلاف بین مردم) می‌باشد.

۲۱۸- مصلحت و مفسدهٔ مورد نظر

مصلحت عبارت است از منفعت و مفسده یعنی مضرت و زیان. خواه این نفع و ضرر شخصی یا عمومی، فوری یا آتی وکم یا زیاد باشد. مثلاً سود، لذّت، راحت، تندرستی و امثال آنها مصلحت محسوبند و در مقابل: نادانی، زیان، درد و رنج مفسده‌اند. امّا از نظر شرع هر مصلحت و مفسده‌ای نمی‌تواند منشاءِ اثر و علّت حکم باشد. زیرا ممکن است چیزی دارای لذّت موقت و یا راحتی کوتاه مدت باشد، در حالی که در آینده منشاءِ زیان و ناراحتی‌هائی گردد. و برعکس برخی درد و رنجها، مثل تحمل و مداوای مرض، تحمل رنج و مشقت تحصیل علم و جهاد در راه خدا، زیان‌هائی هستند آنی و فوری که منشاءِ منافعی آتی و مهم خواهند بود. پس باید دید که شرع چگونه مصالح و مفاسدی را مورد توجه قرار می‌دهد؟

مهم‌ترین مقاصد شرع حفظ پنج رکن ضروری زندگی بشر است که عبارتند از: دین، جان، عقل، نسل و مال (مقاصد خمسه). رعایت و حفظ این مقاصد از ضروریات دین اسلام است.

۲۱۹-اقسام مصلحت

مصلحت را بر حسب درجهٔ تأثیرش در زندگی مادی یا معنوی به سه نوع تقسیم کرده‌اند: ضرورت‌ها، نیازمندی‌ها و مصالح تحسینی و تزیینی.

مصالح ضروری یا ضرورت‌ها عبارتند از چنان مصلحت‌هایی که زندگی مادی و یا معنوی انسان بدان بستگی داشته باشد، به طوری که از دست دادن آن موجب اختلال زندگی مادی یا مجازات و کیفر در جهان دیگر خواهد شد. از این قبیل است تمام واجبات مانند نماز و روزه و زکات و جهاد و غیره.

حاجت‌ها یا نیازمندی‌ها آن دسته از مصالح را فرامی‌گیرند که باعث رفع مشقت و رفع عسر و حرج است هرچند از دست دادن آن اختلالی ایجاد نکند. مانند لزوم إذن ولی در نکاح دختر و پسر نابالغ که اگرچه عدم رعایت آن اختلالی ایجاد نمی‌کند، ولی رعایت آن موجب می‌شود که از ازدواج‌های نامناسب جلوگیری کرده، ناسازگاری‌ها و اختلافات خانوادگی را در حدود خود از بین ببرد.

دستهٔ سوم از مصالح چیزهائی است که فقدان آن موجب اختلال زندگی یا عسر و حرج نمی‌شود، ولی در زندگی مادی یا معنوی انسان منشاءِ لذت و راحت بیشتر و انتفاع و آسایش زیادتر است. مانند استفاده از لباس‌های فاخر، جاه و مقام، وسائل راحت زندگی، گردش، ورزش، مسافرت و تفریح.

۲۲۰-ارزش قاعدهٔ استصلاح در مذاهب مختلف اسلامی

قاعدهٔ استصلاح نزد همهٔ امامان مذاهب اسلامی و پیروان آنها ارزش یکسان ندارد. بلکه، بعضی چون امام مالك آن را مطلقاً حجت می‌دانند و برای آن ارزش بسیار در استنباط احکام قائلند. برخی چون غزالی از شافعیه حجیّت آن را محدود به شرایطی می‌دانند و پاره‌ای مانند امام شافعی برای آن ارزش قائل نیستند. مذهب مالکی بیش از مذاهب دیگر به آن اهمیت می‌دهد. بعد، به ترتیب مذهب حنبلی و حنفی و بعضی از شافعی‌ها هستند. شافعی شخصاً قاعدهٔ استصلاح را حجّت نمی‌داند. ظاهری‌ها و شیعیان نیز به بطلان قاعدهٔ استصلاح معتقدند و به کار بردن آن را در استنباط احکام شرع حرام می‌دانند.

نظریه جدیدی که برخی از فقهای امامیه[1] داده‌اند این است که: مصلحت بر دوگونه است. یکی آنکه آن را عقل بطور قطعی می‌فهمد و علم حاصل می‌شود که جامع تمام شرائط است و هیچ مانعی ندارد. چنین مصلحتی لازم‌الاتباع است. ودیگر آنکه عقل آن را به طریقی ظنی می‌فهمد و قطع حاصل نمی‌کند چنین مصلحتی حجت نیست.

۱/۲۲۰- *نگرشی تازه در فقه امامیه*

همان‌گونه که گفته شد فقهای امامیه قاعدهٔ استصلاح را به‌کار نگرفته‌اند و عمل به مصالح مرسله در فقه شیعه مجاز شمرده نشده. ولی پس از انقلاب ایران و بنیان‌گذاری حکومت اسلامی در ایران مرحوم آیةالله خمینی، بنیانگذار جمهوری اسلامی ایران، برای رفع اختلاف میان مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان، مجمع تشخیص مصلحت نظام را تأسیس کردند. یکی از وظائف این مجمع مصلحت‌سنجی در تصویب قوانینی است که مجلس آن را مصلحت دانسته و شورای نگهبان آن را خلاف شرع یا مخالف قانون اساسی دانسته است. مجمع در چنین مواردی با درنظر گرفتن مصلحت نظام راه‌حلّی برمی‌گزینند و قوانینی بر این مبنا تصویب کرده و می‌کند.

با این ترتیب ملاحظه می‌شود که در فقه امامیه نگرشی تازه نسبت به جواز بکارگرفتن قاعدهٔ استصلاح و مصالح مرسله پدید آمده است.

اصل یکصد و دوازدهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران راکه تشکیل و صلاحیت مجمع تشخیص مصلحت را پیش‌بینی کرده است در زیر می‌آوریم:

قانون اساسی - اصل یکصد و دوازدهم

مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تشخیص مصلحت در مواردی که مصوبهٔ مجلس شورای اسلامی را شورای نگهبان خلاف موازین شرع و یا قانون اساسی بداند و مجلس با درنظر گرفتن مصلحت نظام نظر شورای نگهبان را تأمین نکند... به دستور رهبری تشکیل می‌شود.

۱- *انوارالاصول*، آیةالله مکارم، ج ۲، ص ۵۴۱.

بررسی پیشینهٔ تاریخی این اصل مسئله را بهتر و بیشتر روشن می‌کند.

۲۲۱-آنهائی که معتقد به بطلان و حرمت عمل به قاعدهٔ استصلاحند

مشهور است که امام شافعی قاعدهٔ استصلاح را حجّت نمی‌دانند[۱]. ظاهری‌ها و شیعیان نیز از این دسته‌اند. امّا در مورد حنفی‌ها: ابوحنیفه، چنانکه مشهور است، به استصلاح عمل نکرده است.[۲] علّت بطلان قاعدهٔ استصلاح در نظر اینان این است که: اولاً دلیلی بر حجیّت آن نرسیده و ثانیاً این قاعده حربهٔ برنده‌ای خواهد بود در دست حکام، امرا، قضات و خلاصه کسانی که در رأس جوامع اسلامی قرار دارند و زمام امور مسلمانان بدست آنهاست. اگر این باب گشوده شود اینان به آسانی خواهند توانست مقاصد خود را، که همیشه به نفع مسلمانان و جامعهٔ اسلامی نیست، به ادعای اینکه مصلحت مقتضی است، به استناد قاعدهٔ استصلاح لباس شرعی بپوشانند و آن را به زیان اسلام به کار برند. بخصوص که «مصلحت» ضابطهٔ مسلمی ندارد و تابع زمان و مکان و اوضاع و احوال است و این به خواسته‌های نامشروع اینان کمك بسزائی می‌کند[۳]. باید توجّه داشت که بشمار آوردن شافعی و ابوحنیفه در عداد مخالفین عمل به قاعدهٔ استصلاح و مصالح مرسله قول مشهور است ولی مسلّم نیست و برخی معتقدند که این دو، قاعدهٔ مورد بحث را حجت می‌دانسته‌اند[۴].

۲۲۲-آنهایی که حجیّت قاعدهٔ استصلاح را مشروط به شروطی می‌دانند

در رأس اینان امام غزالی[۵] و قاضی بیضاوی است. اینان مصلحتی را حجّت می‌دانند که دارای سه شرط زیر باشد:

۱- ***ضروری باشد*** - از نظر غزالی چنانکه گذشت، مصلحتی ضروری است که در جهت

۱- ***منهاج‌الوصول الی علم‌الأصول***، تألیف قاضی بیضاوی، در استصلاح.

۲- ***هفتهٔ حقوق اسلامی***، صفحهٔ ۲۶۸ و ۲۶۷ و ۲۸۳. چاپ قاهره ۱۳۸۲ هـ - ۱۹۶۳ م، نسخه‌ای از این کتاب به شمارهٔ ۲۹۷-۴۶۹/۳۳ الف در کتابخانهٔ دانشکدهٔ ادبیات دانشگاه تهران موجود است.

۳ و ۴- ***هفتهٔ حقوق اسلامی***، صفحهٔ ۲۶۸ و ۲۶۷ و ۲۸۳.

۵- ***مستصفیٰ***، غزالی، جلد اوّل، در بحث استصلاح، صفحهٔ ۲۸۴ به بعد.

حفظ یکی از مقاصد پنجگانه مهم شرعی: دین، جان، عقل، نسل و مال انسان مؤثر باشد.

۲- **قطعی باشد** - یعنی به طور قطع و مسلم ثابت باشد و یقین داشته باشیم که چنان مصلحتی در مسأله وجود دارد.

۳- **کلی باشد** - یعنی مصلحتی باشد که نفع آن به همهٔ مسلمانان برسد، نه فقط منافع شخصی خاص یا عدهٔ مخصوصی را تأمین کند.

مثالی که واجد این سه شرط باشد، چنین است: هرگاه میان مسلمانان و کفار جنگ باشد و دشمن اسیران مسلمان را سپر بلای خود کند و بخواهد در پناه آنها با مسلمانان بجنگد و سرزمین‌های آنها را بگیرد، در اینجا مصلحت ضروری حفظ جان مسلمانان به روشنی و وضوح ایجاب می‌کند که به نفع اسلام و مسلمانان قتل اسیران مسلمان را جائز دانسته و با از میان برداشتن این سپر محافظ، دشمن را نابود کرده و از خطر نابودی لشکر اسلام و از دست دادن سرزمین‌های اسلامی و مصائب دیگر شکست در جنگ جلوگیری کرد. چنین چیزی در اسلام سابقه ندارد و به همین جهت دستوری از شرع در این باره نرسیده ولی می‌توان به قاعدهٔ مصالح مرسله حکم مسأله را استنباط کرد. به طوری که ملاحظه می‌شود، در این مثال هر سه شرط جمع است. ولی اگر فرض کنیم یکی از آن شروط منتفی باشد نمی‌توان قاعدهٔ استصلاح را به کار برد، مثلاً هرگاه دشمن از اسیران مسلمان فقط برای جلوگیری از حملهٔ مسلمانان استفاده کند یا حملهٔ آنها به مسلمانان قطعی نباشد، در این صورت قاعدهٔ استصلاح جاری نیست همچنانکه در موردی که فقط مصلحت عده‌ای در خطر باشد نمی‌توان فردی را فدای جمعی کرد. مثلاً هرگاه نجات قایق در حال غرق مستلزم به دریا انداختن برخی برای نجات بقیه باشد قاعدهٔ استصلاح جاری نمی‌شود.

۲۲۳- آنها که مطلقاً قاعدهٔ استصلاح را حجّت می‌دانند

مالك‌بن‌انس، احمدبن حنبل، ابن تیمیه، ابن‌قیم‌الجوزیه از مشاهیر فقهای سنی هستند که به حجیّت این قاعده به صورت کلّی و عام معتقدند پاره‌ای از دلائلی که دارند، به شرح زیر است[۱]:

۱- **هفتهٔ حقوق اسلامی**، صفحهٔ ۲۷۸ به بعد.

۱- احکامی که در قرآن آمده همه مبتنی بر رعایت مصلحت است چنانکه آیات قصاص، حدّ و کیفر سارق و مجازات زنا بهترین شاهد برای این مطلب است و حتّیٰ آیاتی که در مورد ترخیص احکام آمده است - مثل آیهٔ شریفه: «*فَمَنِ اضْطُرَّ فی مَخْمَصَةٍ غَیْرَ مُتَجانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللّٰهَ غَفُورٌ رحیمٌ*[1]» بدین مضمون که برخی از محرمات درصورت اضطراری که ناشی از گناه نباشد مباح می‌شوند؛ مانند خوردن گوشتی که ذبح شرعی نشده برای شخص گرسنه - مبتنی بر رعایت مصلحت رفع عسر و حرج است که آیهٔ دیگری بدان ناطق است: «*ما جَعَلَ عَلَیْکُمْ فِی الدّینِ مِنْ حَرَجٍ*[2]». یعنی: در این دین حرج و دشواری بر مسلمانان قرار داده نشده.

۲- احادیثی که از پیامبر بزرگ اسلام رسیده نیز حاکی از رعایت مصلحت است. مانند حدیث «*لا ضَرَرَ وَ لا ضِرارَ فِی الْإِسْلامِ*» و حدیث منع از نکاح دختر خواهر و دختر برادر بر خاله و عمه که پیغمبر فرموده: «*فَإِنَّکُمْ اَنْ فَعَلْتُمْ ذٰلِكَ قَطَعْتُمْ اَرْحامَکُمْ*». یعنی : چنین ازدواجی مایهٔ قطع رحم و از هم گسستن خویشاوندی است.

۳- رفتار خلفای راشدین که هر کدام آنها مصلحت مسلمانان را در نظر گرفته و حکمی داده‌اند یا کاری کرده‌اند. چنانکه ابوبکر بدان جهت در برابر اصرار عمر راضی شد قرآن را جمع‌آوری کند و به گفتهٔ خود کاری کند که پیغمبر نکرده که می‌گوید در آن کار خیر و صلاح اسلام و مسلمانان است. عمر، خلیفهٔ دوّم، سهم **مؤلفة قلوبهم** را از مصارف زکوة حذف کرد با اینکه نصّ صریح قرآن است، بدین جهت که می‌دید در آن زمان دیگر این امر لزومی نداشت. عثمان برای جلوگیری از اختلاف در قرائت قرآن تمام نسخ قرآن را جمع‌آوری کرد و همه را بجز یك نسخه از بین برد و علی (علیه‌السلام) صنعتکاران را ضامن دانسته و فرموده است: «*لا یُصْلِحُ النّاسَ اِلاّ ذٰلك*» یعنی چیزی جز این، اینان را اصلاح نمی‌کند. از بررسی این شواهد و موارد دیگر به این نتیجه می‌رسیم که پیشوایان بزرگ دین اسلام همیشه مصلحت را رعایت می‌کرده‌اند و بنابراین می‌توان گفت رعایت مصلحت اصلی است که باید مبنای استنباط احکام قرار گیرد.

۲۲۴- جواب اشکال

طرفداران حجیّت قاعدهٔ استصلاح اشکال مهمی را که پیش از این گفتیم، به این خلاصه

۱- سورهٔ مائده، آیهٔ سوم.

۲- سورهٔ حج، آیهٔ ۷۸.

که رعایت مصلحت حربه‌ای می‌شود در دست زمامداران، مردود می‌دانند. بدین نحو که می‌گویند پس از آنکه حجیّت استصلاح روشن شد، نباید با این تصور از آن دست کشید زیرا:

اولاً - این مجتهدین و علمای بزرگ حقوق اسلامی هستند که منحصراً حق اعمال قواعد فقهی و استنباط احکام را دارند نه زمامداران کشورهای اسلامی.

ثانیاً - دست کشیدن از این قاعده زمامداران فاسد را اصلاح نخواهد کرد و آنها هر دری را به رویشان ببندند، از در دیگر وارد خواهند شد و دست کشیدن از این قاعده تنها اثرش این است که فقه اسلامی را از یك قاعدهٔ مفید و حجّت شناخته شده محروم کند و بس.

ثالثاً - امور مسلمانان را نباید به دست اشخاص فاسد وناپاك سپرد آن کس که زمامدار مسلمانان می‌شود، باید مصالح آنها را به کار بندد. در غیر این‌صورت بر مسلمانان واجب است در برابر او ایستادگی و مقاومت کنند. چه، این حدیث مسلم است که می‌گوید: «*مَنْ رایٰ مِنْکُم منکراً فَلْیُغَیّرْه بِیَدِهِ، فَمَنْ لَمْ یَسْتَطِعْ فَبِلِسانِه، فَمَنْ لَمْ یَسْتَطِعْ فَبِقَلْبِه، وَ هذا اَضْعَفُ‌الا یمان. اِنَ‌النّاسَ اِذا رَاَوا المُنکَرَ فَلَمْ یُغَیِّروه اَوْ شَكَ‌اللهُ اَنْ یَعُمَّهُمْ بِعِقابِهِ*[1]». یعنی هرکس بر کاری نامشروع و ناپسند آگاه شود، باید از آن جلوگیری کند. اگر نتواند، باید آن کار را بد بشمارد و بدی آن را بر زبان آورد و اگر تا این حد هم نمی‌تواند، باید قلباً با آن مخالف باشدو این کمترین درجهٔ ایمان است. اگر از منکر و ناپسندی جلوگیری نشود بعید نیست که خدا همه را کیفر دهد.

۲۲۵- مثال‌های بیشتری برای استصلاح

۱- مسألهٔ إبراءِ ذمهٔ پزشك و دامپزشك پیش از آغاز درمان نمونهٔ خوبی برای این بحث است. فقهای امامیه این دلیل و رد آن را مطرح ساخته‌اند.

۲- در مسألهٔ حدّ زنی که مرتکب عمل نامشروع شده باشد، گفته می‌شود که تبعید نمی‌شود. زیرا تبعید او مفاسدی به بار می‌آورد. چون حیا یا ترس از خویشاوندان و آشنایان که غالباً مانع این کار است، در غربت از بین می‌رود، کسان و آشنایان حامی و حافظ زنانند، در غریبی این یاوری از دست می‌رود و فقر و تنگدستی که علّتی دیگر برای این عمل است، بیشتر گریبانگیر زنی غریب و بی‌کس و بی‌پناه و بیکار و مطرود می‌گردد. با اینهمه فقها به این‌گونه

۱- **هفتهٔ حقوق اسلامی**، شوال ۱۳۸۰، صفحهٔ ۲۸۲.

استدلال‌ها وقعی نمی‌گذارند و به دنبال دلیل شرعی می‌روند برای نمونه دو عبارت از فقیهان بزرگ را ذیلاً می آوریم:

صاحب مسالك می‌نویسد: «*اِنْ تَمَّ الاِجْماعُ فَهُوَالحُجَّةُ وَالاّ كانَ مُقْتَضیٰ النَّصِّ ثُبوتَهُ عَلَیْها*».

و صاحب جواهر می‌گوید: «*اِذَ الْجَمیعُ لایَصْلَحَ دَلیلاً شَرْعِیّا*[1]».

۳- می‌دانیم غیبت کردن حرام است. یکی از مستثنیات غیبت تظلم مظلوم است. یعنی اگر کسی مورد ستم دیگری قرار گیرد، گفتن این کردار و رفتار ستمگر نزد دیگران جائز است. فقها[2] برای جواز آن به روایات استناد کرده‌اند و در تأیید روایات می‌نویسند در گفتن و آشکار ساختن ستم ستمگر برای ستم‌دیده تشفی خاطر است. زیرا بدین ترتیب عقدهٔ دل می‌گشاید، دلش خالی می‌شود و سبکبار می‌گردد. اگر با حرمت غیبت، ما زبان او را که ستم‌کشیده است ببندیم، بر او حرج عظیم و رنج سنگینی تحمیل کرده‌ایم و نیز جائز شمردن آشکار ساختن ستم ستمکار زمینه‌ای است برای خودداری ستمگر از ارتکاب این گناه و این مصلحتی است خالص و بدون مفسده پس جواز و حلیّت آن ثابت است چون احکام تابع مصالحند.

۱- **مسالك و جواهر**، کتاب حدود، حدّ زنا.

۲- **مکاسب**، شیخ انصاری، جلد چهارم، صفحهٔ ۳۷.

قاعدهٔ استحسان

۲۲۶- طرح بحث

یکی از قواعد حقوق اسلامی که در مذاهب و مکاتب مختلف مورد اختلاف قرار گرفته قاعده استحسان است. مذاهب حنفی، مالکی و حنبلی آن را قبول دارند ولی مذاهب شافعی، ظاهری و امامیه آن را حجت نمی‌شمارند و به‌کار بستن آن را حرام می‌دانند. به نظر می‌رسد اگر پیرامون چنین قاعده‌ای که بین مذاهب اسلامی مورد اختلاف واقع شده مطالعه و گوشه‌ای از حقوق اسلامی روشن شود بی‌فایده نخواهد بود. بویژه که این قاعده از نظر حقوق موضوعه نیز مسأله‌ای قابل بررسی است. مطالبی که در این مقاله خواهد آمد به ترتیب زیر است:

معنای لغوی و اصطلاحی استحسان؛

ارزش استحسان در مذاهب مختلف اسلامی؛

مقایسهٔ استحسان و استصلاح؛

دلیل حجیّت استحسان؛

اقسام استحسان؛

نکاتی پیرامون استحسان و

نقش استحسان در حقوق موضوعه.

۲۲۷- معنای لغوی و اصطلاحی استحسان[1]

استحسان مشتق از حسن و در لغت به معنای نیك دانستن و پسندیدن است. در اصطلاح اصول معنائی نزدیك به همین معنا دارد و تعریف آن به شرح زیر است:

۱- علمای حنفی آن را چنین تعریف کرده‌اند: «***دلیلٌ یَنْقَدِحُ فی‌نَفْسِ‌المُجْتَهِدِ لایَقْتَدِرُ علیٰ اِظهارِهِ لِعَدَمِ مُساعِدَةِالْعِبارةِ عَنْهُ***[2]» یعنی دلیلی است که نزد مجتهد ثابت است ولی نمی‌تواند بیانش کند چون الفاظ و عبارات یارای آن را ندارد.

۱- ***قاموس‌اللغه*** در واژهٔ حسن می‌نویسد، استحسنه عدّه حسناً.

۲- جلد اول ***مستصفای*** غزالی، صفحهٔ ۲۸۱ و ۲۸۳، چاپ اول، سال ۱۳۲۲ قمری. غزالی پیرو مذهب شافعی است و تعریف‌های یاد شده را از علمای حنفی نقل کرده است.

تعریف دیگری از همین مکتب تعریف ابوالحسن کرخی است او می‌گوید:
«هوالعدولُ فی مسألةٍ عن مثلِ ماحُکِمَ به فی نظائِرها اِلیٰ خِلافِه، لِوَجْهٍ اَقْویٰ یَقْتَضی العُـدولَ».
یعنی استحسان این است که در مسأله‌ای از حکمی کـه مسـائل هـمسان و هـمانند آن دارنـد، چشم‌پوشی کرده حکم دیگری در آن باره بدهیم به واسطهٔ دلیل قوی‌تر که مقتضی آن است.
۲- علمای مالکی آن را چنین تعریف کرده‌اند: ***«اَلأَخْذُ بِمَصْلَحَةٍ جُزئیةٍ فی مقابِلِ دَلیلٍ کُلّی»*** یعنی برتری دادن مصلحت خاصی در برابر دلیل کلی.
۳- علمای حنبلی آن را بدین‌گونه آورده‌اند: ***«هُوَالعُدولُ بِحُکْمِ المسألةِ عَنْ نَـظائِرِها لِـدَلیلٍ خاصٍ مِنْ کِتابٍ اَوْ سُنَّةٍ[1]»*** یعنی در مسأله‌ای از حکمی که نظائر آن دارد به دلیل خاصی عدول کنیم.
۴- علمای شافعی چون استحسان را حجّت نمی‌دانند به نقل تعریف‌های یاد شده و جز اینها پرداخته و آنها را رد کرده‌اند و در این مورد بهترین مرجع کتاب مستصفای غزالی و الاِحکام آمدی است.
۵- علمای امامیه نیز مانند شافعیه استحسان را حجت نـمی‌دانـند و بـرای آن تـعریفی نکرده‌اند و به ذکر تعاریف دیگران و رد آنها اکتفا کرده‌اند. مرجع مـهم در ایـن بـحث، کـتاب قوانین‌الاصول، جلد دوّم، آخر مقصد چهارم است.
با چشم‌پوشی از تعریف اول، که به شدت مورد انتقاد غیرقابل دفع اصولیین قرار گرفته، می‌توان با توجه به عناصری که در بقیهٔ تعریف‌ها دیده می‌شود چنین نتیجه گرفت کـه از دیـد علمای حنفی و مالکی که استحسان را حجت می‌دانند، استحسان عـبارت است از اینکه: در جایی که با قیاس یا قاعدهٔ کلی یا دلیل دیگر می‌توان حکم شرعی را استنباط کرد از آن حکم صرفنظر کرده و به ملاحظهٔ مصلحت خاص مورد، حکمی مخالف برای مسأله پیدا کنیم. برای مثال هرگاه کسی حیوان دیگری را مشرف به مرگ ببیند و آن را سر ببرد که گوشت آن حـلال باشد، این کار اتلاف مال غیر و موجب ضمان است و حال آنکه استحسان و رعایت مصلحت ایجاب می‌کند که این کار جائز و بدون ضمان باشد.

۲۲۸- ارزش استحسان در مذاهب مختلف اسلامی

همهٔ اصولیین به یک نسبت استحسان را حجّت نمی‌دانند و این مسئله در ادامه بررسی می‌شود.

۱- **موافقات** شاطبی، جلد چهارم، از صفحهٔ ۲۰۵ به بعد.

۱- مذهب حنفی

ابوحنیفه که در قیاس امام و پیشوا بوده در استحسان نیز همین مقام را دارد. بدین معنا که او بیش از دیگران به قیاس و استحسان اهمیّت می‌داده و آنها را در استنباط احکام اسلامی به کار می‌برده[1]. ابوحنیفه و شاگردان او مانند محمدبن حسن شیبانی و قاضی ابویوسف برای عقل و استدلال عقلی در مسائل و احکام شرعی مقام ممتازی قائل بوده‌اند. آنها معتقد بوده‌اند که شریعت اسلام مبتنی بر پایه‌های عقلی و منطقی است و احکام معلول علت‌هائی هستند که در نظر شارع برای زندگی مادی و معنوی انسان دارای ارزش می‌باشند.

تعلیل عقلی و درك رابطهٔ علیت بین احکام و علل آن‌ها حنفی‌ها را به حجیّت قیاس رهنمون گشته. ولی هر جا این درك عقلی نتایجی به بار آورد که به صلاح اسلام یا مسلمانان نباشد، یا موجب مفسده و زیانی شود، و یا با اصول مسلم که به چند مورد آن اشاره شد منافات داشته باشد، خشکی استنتاج‌های عقلی را با کمك قواعد دیگر مثل استحسان تعدیل می‌کنند. بکار بستن استحسان بین فقهای حنفی بسیار زیاد است و از مطالعهٔ کتب آنها این امر روشن می‌شود. چنانکه محمدبن حسن شیبانی در کتاب مبسوط مکرر می‌نویسد که «*اَسْتَحْسِنُ و اَدَعُ القیاسَ*» یعنی قیاس را ترك و به استحسان عمل می‌کنم. پس به این نتیجه می‌رسیم که در مذهب حنفی استحسان صرفاً این نیست که مجتهد چیزی را به عقل خود خوب بداند هرچند بر آن دلیلی نداشته باشد. چنانکه مفاد تعریف اول است که از آنها نقل شده. بلکه، در این مذهب استحسان به یکی از این دو معناست:

۱- برتری دادن قیاس خفیّ بر قیاس جلیّ (به طوری که از مثالهای بعد روشن می‌شود منظور از قیاس در جملهٔ دوم قاعدهٔ کلی است).

۲- استثناءِ یك مسأله جزئی از یك قاعدهٔ کلی.

برای روشن شدن مسأله مثالی می‌زنیم: می‌دانیم طبق قاعدهٔ کلی در حقوق اسلام تصرفات مالی سفیه غیرنافذ است، در صورتی که ولی یا قیم او آن را تنفیذ کند کامل می‌شود و اگر رد کند باطل می‌شود. حال آنکه هرگاه سفیهی وصیت کند که مقداری از اموالش را در کار خیری مصرف کند آیا چنین وصیتی صحیح است؟ علیٰ‌القاعده باید غیرنافذ باشد ولی حنفی‌ها آن را صحیح می‌دانند و به استحسان متمسك می‌شوند و می‌گویند غرض از ممنوع ساختن سفیه از تصرف در اموالش این است که به زیان خود کاری نکند تا ندار و درمانده نگردد و سربار دیگران و جامعه نشود. اینها همه برای زمان زنده بودن او هدفهای درستی است ولی اگر وصیت او را در کار خیری پس از مرگش بپذیریم چه زیانی بر او وارد می‌شود و چه اثر بدی بر دیگران یا

۱- *هفتهٔ حقوق اسلامی*، صفحات ۲۵۰، ۳۰۲ و ۳۰۳.

جامعه باقی می‌گذارد؟ هیچ. پس بهتر است که برخلاف قیاس و قاعده چنین وصیتی را صحیح بدانیم[۱].

۲- مذهب مالکی

مالك‌بن انس، امام مذهب مالکی و امام دارالهجره، نیز مانند ابوحنیفه معتقد به حجیّت استحسان است و آن قدر به استحسان فتوا داده که گفته است ۹/۱۰ علم فقه استحسان است. شاطبی مالکی در کتاب موافقات می‌نویسد: مالك و پیروان او بر مبنای استحسان فتوا داده‌اند. و سپس از [۲]ابن‌عربی مالکی نقل می‌کند که گفته است: استحسان نزد ما (مالکی‌ها) و حنفی‌ها عبارت است از عمل کردن به قوی‌ترین دلیل[۳]. و خود شاطبی می‌گوید: مقتضای استحسان این است که استدلال آزاد را بر قیاس ترجیح دهیم، نه اینکه برخلاف قیاس و بدون دلیل و صرفاً به میل و دلخواه خود حکمی کنیم و توضیح می‌دهد که مبنای قیاس این است که مقصود شارع را در موارد نظیر و مشابه رعایت کنیم، ولی هرگاه رعایت این مقصود منجر شود به از بین رفتن مصلحتی یا گرفتار شدن به مفسده‌ای، برای رفع حرج از قاعدهٔ استحسان کمك گرفته، مصلحت مورد خاص را بر قاعدهٔ کلی مقدم می‌داریم.

۳- مذهب حنبلی

حنبلی‌ها نیز استحسان را حجّت دانسته‌اند. ابن قدامهٔ مَقْدِسی حنبلی چنین می‌نویسد: «قاضی یعقوب گفته است که استحسان در مذهب احمد حنبلی حجت است... و این گفته صحیح است»[۴].

۴- مذهب شافعی

مشهور است که محمدبن ادریس شافعی از مخالفان سرسخت حجیّت استحسان است و

۱- **هفتهٔ حقوق اسلامی**، شوال ۱۳۸۰، صفحهٔ ۲۵۱.

۲- **موافقات**، چاپ چهارم، صفحهٔ ۲۰۷و ۲۰۸.

۳- **هفتهٔ حقوق اسلامی**، چاپ دمشق، شوال ۱۳۸۰، صفحهٔ ۳۳۱.

۴- مأخذ پیش.

این مطلب را می‌توان در کتاب «الرساله» او به روشنی دید:

او در باب استحسان از کتاب *الرساله* می‌گوید: طریق اجتهاد، قرآن و سنت و اجماع و قیاس است. استحسان را نمی‌توان در شمار این طرق آورد... اگر بتوان استحسان برخلاف قیاس را حجّت دانست، هر کسی خواهد توانست که در فقه و حقوق اسلامی اظهار نظر کند، هرچند با علوم اسلامی آشنائی کامل نداشته باشد. و در همین فصل است که می‌گوید: ***«و انّماالاستحسانُ تَلَذُذٌ»*** یعنی: استحسان حکم بر وفق میل و هویٰ است[1]. و در کتاب ***«الامّ»*** با بیانی دیگر همین ایرادات را بازگو می‌کند و می‌نویسد عمل به استحسان برخلاف آیهٔ قرآن است که می‌گوید: ***«اَیَحْسَبُ الْاِنسانُ اَنْ یُتْرَکَ سُدیٰ***[2]***»*** زیرا کسی که می‌پندارد در موضوعی حکم شرعی از طرق معمول آن که قرآن و سنت و اجماع و قیاس است بیان نشده و به میل و انتخاب او واگذار شده است، درست همان پنداری را دارد که در این آیه مورد نکوهش قرار گرفته است و ادامه می‌دهد که هر کس به استحسان عمل کند علیه خود اقامهٔ برهان کرده است. چه معنای استحسان این است که خدا و پیغمبر دستوری ندارند و او به میل خود عمل کرده است. دلیل بطلان این گفته در خود آن است.

وی سپس می‌گوید اگر بتوان استحسان را در فقه به کار بست تفاوتی بین مجتهدان و دانشمندان علوم عقلی باقی نمی‌ماند و آنها هم باید بتوانند در مسائل دینی حکم دهند. چه، فرق آنها این است که مجتهدان به قرآن و سنت رسول خدا و عقاید علمای دینی و اجماع و علل احکام و قیاس آگاهند و اینهاست طرقی که باید در استنباط احکام شرعی به کار برده شوند. ولی اگر استحسان و انتخاب به میل و سلیقه بتواند در این کار مؤثر باشد، باید دانشمندان دیگر هم مجاز باشند که در مسائل و احکام شرعی استنباط کنند. و این نتیجه‌ای است فاسد که هر مسلمانی آن را رد می‌کند. و در آخر می‌نویسد عمل به استحسان مستلزم پذیرفتن احکام مختلف است[3]. و سرانجام این گفتهٔ شافعی مشهور است که ***«مَنِ اسْتَحْسَنَ فَقَدْ شَرَّعَ»*** هر کس استحسان را به کار برد بدعتی در شرع گذاشته است یا تشریع و قانونگذاری کرده است. در حالی که هیچ‌کس جز پیغمبر حقّ قانونگذاری ندارد.

۱- *الرساله* شماره‌های ۱۴۵۶ و ۱۴۶۴.
۲- سورهٔ قیامت، آیهٔ ۳۶.

۳- ***هفتهٔ حقوق اسلامی***، صفحهٔ ۲۴۴، به نقل از کتاب ***«الامّ»*** شافعی.

۵- مذهب شیعه

اصولیین شیعه اثنیٰ‌عشری درست در نقطه مقابل مجوزین استحسان قرار دارند. آنها عمل به استحسان را باطل می‌دانند چنانکه شافعی می‌دانست و بالاتر از آن اینکه علمای امامیه هم قیاس و هم استحسان را باطل می‌دانند ولی شافعی قیاس را جائز و استحسان را باطل می‌داند. بطلان عمل به قیاس و استحسان از مسلمیات مذهب شیعه است و در این باره اشاره به گفتهٔ میرزای قمی[۱] در کتاب قوانین‌الأصول کافی است: «***و هو باطلٌ لِعدمِ‌الدلیلِ علیه، و لانه لا یفیدُالظنَ بکونهِ حکماً شرعیاً فی‌الحقیقة، و لِاجماعِ‌الامامیةِ و اَخبارِهم***».

نظریه جدیدی که از سوی فقهای[۲] این زمان ابراز شده این است که: اگر استحسان قطعی باشد در حجیت آن اشکالی نیست، ولی اگر ظنی باشد حجت نمی‌باشد.

۶- مذهب ظاهری

داودبن علی، متوفا به سال ۲۹۰ قمری، مؤسس مذهبی در اسلام است که دیری نپائید و از بین رفت. با این همه از نظر علمی عقاید وی در علم اصول مورد بحث و گفتگو قرار گرفته است. ظاهری‌ها مانند شیعیان دوازده امامی معتقد به بطلان قیاس و استحسان بوده‌اند. ابن حزم ظاهری پس از گفتاری که به شدت طرفداران استحسان را مورد نکوهش قرار می‌دهد می‌نویسد: «حق، حق است هرچند مردم آن را نپذیرند و باطل، باطل است هرچند مردم آن را بپسندند» پس به این نتیجه می‌رسیم که استحسان (پسندیدن مردم) هویٰ و هوس و گمراهی است[۳].

۲۲۹- مقایسهٔ استحسان و استصلاح

در تفاوت استحسان و استصلاح به طور خلاصه می‌توان گفت که استحسان همیشه

۱- ***قوانین الاصول***، میرزای قمی، جلد دوّم، صفحهٔ ۹۲.

۲- ***انوار الاصول***، آیة‌الله مکارم، ج ۲، ص ۵۳۴.

۳- ***الاحکام*** ابن حزم، جلد ۶، صفحهٔ ۱۷.

برخلاف یك قیاس یا دلیلی دیگر است. اما استصلاح عبارت است از رعایت مصلحت بدون اینکه به جنبهٔ برخلاف قیاس بودن آن توجّه شود. به بیان دیگر: استحسان راه‌حلّی است هماهنگ با خوی و سرشت انسان بی‌آنکه مصلحت یا مفسده‌ای درنظر گرفته شود درحالی‌که استصلاح عبارت است از سنجیدن و رعایت کردن مصلحت و مفسده.

۲۳۰-ادلهٔ حجیّت استحسان

برای حجیّت استحسان به ادلهٔ زیر استناد شده است:

۱- آیهٔ شریفهٔ: «*وَاتَّبِعُوا اَحسَنَ ماٌاُنزِلَ اِلَیکُم*[۱]» یعنی پیروی کنید بهترین آنچه را برشما فرو فرستاده شده.

۲- آیاتی که دلالت می‌کند بر رفع عسر و حرج مانند آیهٔ شریفه: «*وَ ماٰجَعَلَ عَلَیکُم فِی‌الدّینِ مِن حَرَجٍ*[۲]» و آیهٔ شریفه: «*یُریدُاللّٰهُ بِکُمُ‌الیُسرَ وَ لاٰیُریدُ بِکُمُ‌العُسرَ*[۳]».

۳- آیهٔ شریفه: «*اَلَّذینَ یَستَمِعُونَ‌القَولَ فَیَتَّبِعُونَ أَحسَنَهُ*[۴]».

۴- حدیث ابن‌مسعود که گفته است: «*ماراٰهُ‌المُسلِمُونَ حَسَناً فَهُوَ عِندَاللّٰهِ حَسَنٌ*[۵]» یعنی هر چه را مسلمانان بپسندند خدا هم آن را می‌پسندد.

۵- اجماعی است که استفاده از حمام‌های عمومی جائز است با اینکه نه مقدار آبی که مصرف می‌شود معلوم است و نه نرخ و قیمت مقطوعی برای آن، همه جا و همه وقت، معین بوده است. چنین معامله‌ای نمی‌تواند در قالب هیچ یك از عقود معین قرار گیرد و این امر تنها برای رفع حرج و از باب استحسان می‌تواند صحیح باشد[۶].

این ادله همه قابل خدشه‌اند و وسیلهٔ مخالفان استحسان مردود شناخته شده‌اند. و کافی است باب استحسان از کتاب مستصفای غزالی مطالعه شود. لیکن قوی‌ترین دلیل حجیّت استحسان دلیل عقلی است به شرح زیر:

---

۱ - سورهٔ زمر، آیهٔ ۵۵.

۲- سورهٔ حج، آیهٔ ۷۸.

۳- سورهٔ بقره، آیهٔ ۱۸۵.

۴- سورهٔ زمر، آیهٔ ۵۵.

۵- **مستصفای** غزالی، جلد اوّل، صفحهٔ ۲۷۴ به بعد.

۶- **قوانین‌الأصول**، میرزای قمی، جلد دوّم، صفحه ۹۲.

۶- *دلیل عقلی بر حجیّت استحسان* - احکام شرعی مبتنی بر مصالح و مفاسد است و پی بردن به این مفاسد و مصالح و توجه به علل احکام، مجوز اصلی برای صحت قیاس است. لکن هرگاه قیاسی خود منجر به نتیجهٔ نامطلوب شود، بدین معنا که مصلحتی مسلم را تفویت کند یا مفسده‌ای قطعی را موجب گردد، عقل حکم می‌کند که باید در آن مورد قیاس را واگذاشت و به مقتضای مصلحت مورد رفتار کرد. این دلیل به طور وضوح از گفته‌های شاطبی در کتاب موافقات استفاده می‌شود(۱).

۲۳۱- *اقسام استحسان*

مهم‌ترین انواع استحسان عبارتند از: استحسان قیاسی و استحسان ضرورت.

الف - استحسان قیاسی

استحسان قیاسی عبارت از این است که به مقتضای قیاس خفیّ عمل کنیم و از قیاس جلی (در اینجا منظور قاعدهٔ کلّی است) دست بکشیم. پس در حقیقت استحسان قیاسی در مواردی است که دو قیاس وجود داشته باشد: یکی جلیّ و دیگری خفیّ و ما قیاس جلیّ را ترک کرده و قیاس خفی را به کار بندیم. در اینجا سؤالی پیش می‌آید که چرا قیاس جلیّ را به خاطر قیاس خفیّ ترک می‌کنیم؟ جواب این سؤال این است که اثر و نتیجهٔ قیاس خفیّ در این مورد صحیح‌تر از اثر و نتیجهٔ قیاس جلیّ است. این مطلب با بررسی موارد و از ملاحظهٔ مسائل به خوبی محرز و مسلم می‌شود. از این رو به ذکر چند مثال می‌پردازیم:

هرگاه شخصی متهم به دزدی، محکوم شود به قطع دست راست و مجری حکم به خطا دست چپش را بیندازد؛ این مسأله پیش می‌آید که با توجّه به اینکه قطع دست چپ چنین شخصی مجاز نبوده، آیا مجری حکم که مرتکب خطائی شده ضامن است یا خیر؟

قاضی ابویوسف و محمدبن حسن شیبانی، که هر دو از پیشوایان بزرگ مذهب حنفی هستند، معتقدند به ضمان او و مسأله را قیاس می‌کنند به اینکه اگر مجریِ حکم، عضو دیگر مثلاً بینی محکوم را می‌برید علی‌القاعده مجری ضامن خواهد بود. ولی ابوحنیفه شخصاً در این

۱- *موافقات*، جلد چهارم، از صفحهٔ ۳۰۵ به بعد.

مورد معتقد به استحسان است. او می‌گوید اگرچه طبق اصول کلی قطع هر عضوی بدون مجوز شرعی جرم است و اگر به خطا باشد دیه و خونبها دارد، ولی در خصوص این مورد وضع طوری دیگر است؛ در این مورد خطای مجری حکم موجب شده که دست راست که فایده‌اش برای محکوم بیشتر از دست چپ است باقی بماند؛ این مانند موردی است که کسی مالی را از شخصی تلف کند و مالی بهتر از آن به او داده باشد که دیگر ضامن دانستن او صحیح نیست. و قیاس این موارد به مورد قطع عضوی دیگر اگرچه قیاسی است ظاهر و جلیّ قابل اجرا نمی‌باشد[1] چون در آن موارد عوضی برای محکوم موجود نیست.

مثال دیگر: هرگاه دو نفر از شخص ثالثی مشترکاً طلبکار باشند هر چه وصول شود از آنِ هر دو است و هیچ یك از آنها حق ندارد مقداری از دین را وصول کند و به خود اختصاص دهد. بنابراین اگر پس از وصول، تمام یا مقداری از آنچه وصول شده تلف شود، از آنِ هر دو بوده و هر یك باید به نسبت طلب خود متحمل ضرر شوند. ولی به حکم استحسان آنچه را تلف شده فقط سهم گیرنده و آنچه را وصول نشده سهم دیگری می‌دانند[2].

مثال سوم - هرگاه مدیون اقرار کند به وکالت شخصی از دائن و دین خود را به او تأدیه کند بری‌ءالذمه است و مقتضای قیاس در مورد ودیعه هم همین است، ولی استحسان مقتضی ترك این قیاس جلیّ است. چون قبول اقرار در این مورد ممکن است به ضرر مودع تمام شود و آن در موقعی است که مودع وکالت را انکار کند و مال ودعی نزد مدعی وکالت تلف شده باشد.

مثال چهارم - هرگاه مرتهن طلب خود را استیفا کند ولی عین مرهونه را رد نکند ضامن آن است و اگر ذمهٔ مدیون را ابراء نماید مقتضای قیاس جلیّ همین است. ولی فقها از باب استحسان گفته‌اند ابراءِ ذمهٔ مدیون موجب می‌شود که عین مرهونه نزد مرتهن امانت باشد و او ضامن نشود جز در صورت تعدی و تفریط[3].

مثال پنجم - در وصیت به منفعت بطور دائم مخارج ملك علیٰ‌القاعده بر عهدهٔ ورثه است چون مالك عین می‌باشند ولی استحسان اقتضاء دارد که برعهدهٔ موصیٰ‌له باشد.

۱- مجلهٔ ***هفتهٔ حقوق اسلامی***، به نقل از کتاب ***مبسوط*** سرخسی، جلد نهم، صفحهٔ ۱۷۵ و ۱۷۶.

۲- ***المدخل الفقهی العام***، مصطفی احمد الزرقاء، جلد اوّل، چاپ هشتم، صفحهٔ ۸۴.

۳- ***مأخذ پیش***، صفحهٔ ۸۵ تا ۸۷ به نقل از کتاب ***درالمختار و ردّالمحتار***.

مثال ششم - هر کسی طلب خود را ابراء کند، ابراء در حکم وصول طلب است و در نتیجه اگر مالیاتی به آن تعلق گیرد باید بستانکار بپردازد، ولی استحسان مقتضی آن است که این خرج بر عهدهٔ او نباشد و برعهدهٔ بدهکار باشد. چون از نتیجهٔ ابراء منتفع و بهره‌مند شده است.

ب - استحسان ضرورت

استحسان ضرورت عبارت است از عدول از حکم قیاس به واسطهٔ ضرورتی که آن را ایجاب می‌نماید. و با چند مثال این نوع استحسان را روشن می‌کنیم:

۱- از نظر شرع اسلام حجاب امری است واجب. با این حال هرگاه ضرورتی ایجاب کند می‌توان برخلاف این حکم رفتار کرد. و به عبارت دیگر مورد ضرورت را به موارد دیگر قیاس نمی‌کنیم؛ بلکه با استحسان آن را اجازه می‌دهیم. مثل اینکه پزشک، جراح و قابله مجازند به بدن زن به هنگام ضرورت و به قدر حاجت نگاه کنند؛ وکسی که در صدد ازدواج است مجاز است روی زنی را که می‌خواهد با او ازدواج کند برای اخذ تصمیم ببیند[۱].

۲- در آئین دادرسی اسلامی مسلم است که شاهد باید مسلمان باشد و شهادت غیرمسلمان علیه مسلمان مسموع نیست؛ زیرا قبول آن برخلاف آیهٔ شریفه: ***«لَنْ یَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْکافِرینَ عَلَی الْمُؤْمِنینَ سَبیلاً[۲]»*** است. لکن هرگاه مسلمانی ادعا کند که یك نفر ذمی طلبی را که از مسلمان دیگر داشته به هنگام مرگ برای او وصیت کرده است و بر این ادعا به شهادت شهودی از مذهب موصی استناد کند، قیاس مقتضی است که چنین شهادتی غیرمسموع و چنان ادعائی مردود شناخته شود. ولی این واقعیت که بر مرگ کافری مسلمانان حضور پیدا نمی‌کنند ضرورتی است که ایجاب می‌کند شهادت غیرمسلمان در این دعوا پذیرفته شود هرچند علیه مسلمان باشد.

۳- در فرضی نظیر فرض بالا هرگاه وارث کافری مدعی طلب مورث خود از مسلمانی است و مسلمان با اقرار به دَین در نسب و ارث تردید می‌کند، در اینجا جز اینکه شهادت غیرمسلمان را که از ازدواج و نسب هم‌مذهبان خود اطلاع دارد قبول کنیم، چاره‌ای نداریم.

۱- مجله ***هفتهٔ حقوق اسلامی***، به نقل از جلد دهم ***مبسوط***، صفحهٔ ۱۴۵ و ردالمحتار، جلد پنجم، صفحهٔ ۳۲۵.

۲- سورهٔ نساء، آیهٔ ۱۴۱.

هرچند به زبان مسلمان باشد و این برخلاف قیاس ولی طبق قاعدهٔ استحسان است.

۴- ضمان صنعتگران برخلاف قاعده و قیاس و برای رعایت مصلحت و ضرورت است. برخلاف قیاس بودن آن بدین لحاظ است که اجیر امین است و ضرورت موجود در این قضیه این است که اجیر عام و مشترك به طمع سود بیشتر مال مردم را در معرض تضییع و تلف قرار ندهد.

۲۳۲- *نکاتی در پیرامون استحسان*

از بررسی مقالاتی که در پیرامون استحسان نوشته و در مجلهٔ حقوق اسلامی چاپ شده نکات مهمی به صورت پراکنده به دست می‌آید:

۱- با اینکه ابوحنیفه و مالك‌بن انس، امامان مذهب حنفی و مالکی، صاحب نظریهٔ استحسان بوده‌اند و در فتاوای خود به کرّات به آن استناد کرده‌اند، آن را به صورت یك قاعده بیان نکرده‌اند و حدود و شروط آن را روشن ننموده‌اند و این امر باعث این توهم شده که استحسان صرفاً یك عقیدهٔ شخصی یا نظریه‌ای بی‌دلیل و یا رأی از روی هویٰ و هوس است. ولی شاگردان و پیروان این دو - با توجّه به اینکه مقام علمی و زهد و تقوای این دو امام بزرگ سنت و جماعت مانع تحقق آن توهم است - با دقّت در موارد استحسان کوشیده‌اند که برای آن، ضوابط و قواعدی پیدا و حدود و قیود آن را روشن کنند و هر کدام به نحوی نظر استاد و پیشوای خود را بیان کرده‌اند.

۲- حقیقت استحسان، چنانکه گذشت، این است که چون رعایت قیاس یا ادلهٔ دیگر گاهی منجر به نتایج نامطلوب می‌شود و استدلال خشك عقلی همیشه با ضرورت‌های اجتماعی و مصالح جامعه وفق نمی‌دهد، با قاعدهٔ استحسان که مبتنی بر رعایت مصلحت موارد خاص است این نقیصه برطرف می‌گردد و استحسان دلیلی است مکمل دلیل قیاس.

۳- به عقیدهٔ بعضی‌ها استحسان اغلب خودْ قیاسی است صحیح که به جای قیاس نادرست به‌کار می‌رود و درحقیقت درمورد استحسان یك دلیل بیشتر وجود ندارد و آن هم استحسان است و قیاسِ دیگر فقط در مرحله بحث و استدلال است بنابراین بین قیاس و استحسان تعارضی تصور نمی‌شود.

۴- آیا نزاع و اختلاف در حجیّت استحسان نزاعی لفظی است یا اختلافی است ماهوی؟ برخی از نویسندگان کوشیده‌اند این اختلاف را لفظی جلوه دهند و در این باره سعدالدین

تفتازانی شافعی بهتر و خلاصه‌تر از دیگران می‌نویسد:

این نزاع لفظی است. زیرا اگر استحسان را به معنای لغوی آن پسندیدن معنا کنیم و منشاءِ آن را رأی شخصی و هویٰ و هوس بدانیم هیچ یك از ائمهٔ اربعه آن را حجت نمی‌داند. و اگر آن را به معنای اصطلاحی آن، دلیلی بگیریم در برابر ادلهٔ دیگر که گاهی به صورت نصّ و اجماع ولی بیشتر در قالب قیاس خفیّ شکل می‌گیرد همهٔ آنها آن را حجّت می‌دانند[۱].

ولی آنچه از بررسی مقالات و نوشته‌های موافقان و مخالفان استفاده می‌شود این است که این بحث، برخلاف گفتهٔ تفتازانی، نزاع لفظی نیست بلکه اختلافی ماهوی است. برای اینکه این مطالب روشن شود باید توجه داشت که مخالفان استحسان دو دسته‌اند: یکی آنها که اصلاً قیاس را باطل می‌دانند، مانند شیعه و ظاهری‌ها و دیگریَ آنهائی که قیاس را قبول دارند و تنها استحسان را باطل می‌دانند، مانند شافعی‌ها. از نظر دستهٔ اول بسیار روشن است که این بحث اختلافی است در ماهیت قاعدهٔ استحسان و چون این قاعده در آخرین تجزیه و تحلیل عقلی به قیاس برمی‌گردد از این‌رو آن را باطل می‌دانند. ولی از نظر دسته دوم، یعنی شافعی‌ها که قیاس را حجت می‌دانند، استحسان از آن جهت باطل است که مخالف قیاس است و عمل به آن موجب تعطیل قیاس می‌شود و خود آن دلیلی نیست که بدان امر شده و یا یکی از ادلهٔ چهارگانه باشد. عبارت شافعی در کتاب الرساله این معنا را به وضوح می‌رساند[۲].

محمد ابوزهره، استاد حقوق اسلامی دانشکدهٔ حقوق دانشگاه قاهره، در بررسی مقالاتی که دربارهٔ استحسان نوشته شده و در مجلهٔ هفتهٔ اسلامی گردآوری شده است، نظریه‌ای در این زمینه دارد که به بیانی دیگر این بحث را اختلافی ماهوی می‌داند نه نزاعی لفظی. خلاصهٔ نظر او چنین است[۳]: شافعی استحسان را به طریقی که حنفی‌ها معتقدند و آن را قیاس خفی می‌دانند باطل نمی‌داند. ولی اگر استحسان مبتنی بر رعایت مصلحت به نظر مجتهد باشد – چنانکه مالکی‌ها معتقدند – آن را باطل می‌داند. زیرا شافعی اصولاً قاعدهٔ استصلاح و مصالح مرسلهٔ مالك را قبول دارند و فقط در این صورت است که استحسان از ادلهٔ اربعه خارج می‌شود و جزو قیاس نیست.

۱- **هفتهٔ حقوق اسلامی**، به نقل از کتاب ***التلویح علی‌التوضیح***، جلد دوّم، صفحهٔ ۸۱ و ۸۲.

۲- ***الرساله***، شمارهٔ ۱۴۶۴.

۳- **هفته حقوق اسلامی**، صفحهٔ ۳۶۴ تا ۳۶۱.

۵- در مقایسه با حقوق عرفی سیستم انگلوساکسون می‌توان گفت «انصاف» در سیستم مزبور به مثابهٔ استحسان درحقوق اسلامی است[1].

۲۳۳- *استحسان در حقوق موضوعه*

آیا می‌توان قاعدهٔ استحسان را در حقوق موضوعه به کار برد؟

پاسخ این پرسش بستگی به روشن شدن دو مطلب زیر دارد: یکی اینکه آیا در حقوق موضوعه قیاس قابل اعمال است یا خیر؟ و دیگر اینکه آیا حقوق موضوعه مانند حقوق شرعی مبتنی بر رعایت مصلحت است یا نه؟ هر یك از این دو مطلب پایهٔ به کار گرفتن نوعی از استحسان است. بدین توضیح: چنانکه بیان شد استحسان در مکتب حنفی مبتنی بر اعمال قیاس خفیّ در برابر قیاس جلیّ است و در مکتب مالکی به معنای به‌کار بردن مصلحت خاص مورد در برابر مصلحت دیگری است که ظاهراً عام و کلی است.

دو مطلب مزبور در صفحه‌های پیش مورد بحث قرار گرفته است. پس، به این نتیجه می‌رسیم که: به کار بردن قیاس در حقوق عرفی نه تنها منعی ندارد بلکه بین حقوقیین معمول و متداول است. و نیز گفته شد که در حقوق جمهوری اسلامی ایران، که حقوقی است مذهبی و مبتنی بر حقوق امامیه، قیاس حجت نیست. در نتیجه استحسان نیز جاری نخواهد بود. اما رعایت مصلحت ظاهراً اصلی عقلائی است که قانونگذار عرفی نمی‌تواندآن را نادیده بگیرد. اگرچه در هیچ متنی این مطلب عنوان نشده که حقوق مبتنی بر رعایت مفاسد و مصالح است، ولی به نظر می‌رسد مطلب آن قدر مسلم است که عنوان کردن آن لازم نیست و همیشه به هنگام تصویب مقررات قانونی این اصل عملاً رعایت می‌شود.

بنابر آنچه گفته شد باید پذیرفت که به کار بردن استحسان در حقوق موضوعه منعی ندارد.

در بحث مخصص منفصل عقلی، رأیی از دیوان کشور داشتیم و به نظر می‌رسد نمونه‌ای از اجرای استحسان در حقوق موضوعه است (رجوع شود به شمارهٔ ۱۰۷) لکن باید اعمال آن را

۱- برای فهم معنای اصطلاح انصاف و نقش آن در حقوق انگلوساکسون رجوع شود به کتاب **کلیات حقوق تطبیقی**، تألیف مرحوم دکتر حسن افشار، صفحه ۵۸ به بعد، چاپ یکم.

به کسانی اجازه داد که به مبانی کلی حقوقی، علل و مصالح احکام و عوامل و اسبابی که وضع قانون را باعث گشته‌اند، کاملاً واقف و مطلع و مسلط باشند و در به‌کار بردن آن از هر حیث رعایت احتیاط کامل به عمل آید و هر استحسانی را نمی‌توان به عنوان دلیل پذیرفت.

برای نمونه می‌توان به نوشتهٔ مرحوم دکتر امامی در شرح ماده ۱۱۱۰ قانون مدنی دربارهٔ نفقهٔ حامل متوفاعنها زوجُها توجه نمود. ایشان با تعبیر «... ولی انصاف و عدالت قضائی ایجاب می‌کند که... زن حامل در مدت عدهٔ وفات مستحق نفقه می‌باشد...[1]» در واقع استحسانی قیاسی به‌کار برده‌اند منتهیٰ با نام «انصاف و عدالت قضائی». از این‌گونه تعبیر، ایشان در دورهٔ حقوق مدنی کم ندارند. این‌گونه عدول از تصریحات قانون مدنی چیزی جز استحسان قیاسی نمی‌باشد.

۱- **دورهٔ حقوق مدنی**، مرحوم استاد دکتر سید حسن امامی، ج ۵، صفحهٔ ۹۷ به بعد.

قاعدهٔ سدّ ذرایع

۲۳۴- سدّ ذرایع[۱]

«سدّ» به معنای جلوگیری کردن و «ذریعه» به معنای وسیله است. منظور از این عنوان این است که: کارهای مباح و حلالی که وسیلهٔ انجام عملی حرام قرار گیرد حرام و ممنوع باشد. مانند: فروش انگور به کسی که با آن شراب درست می‌کند، اجاره دادن منزل به کسی که در آن عمل نامشروع انجام می‌دهد و فروش سلاح به کسی که مرتکب جرم آدم‌کشی می‌شود.

این قاعده در مذاهب اسلامی مورد اختلاف‌نظر است: مالکی‌ها و حنبلی‌ها از معتقدین به آن هستند، در حالی که حنفی‌ها و شافعی‌ها به آن اعتقادی ندارند.

در مذاهب امامیه چنین عنوانی مورد قبول قرار نگرفته، فروع و مسائل مصداق آن در هر مورد طبق دلائل خاص حکم مخصوص دارد و جای بحث آن درعنوان «تعاون بر اثم و عدوان» است؛ و شیخ انصاری در مکاسب محرمه در مسأله فروش انگور به کسی که شراب درست می‌کند، بحث مفصلی در این زمینه دارد.

باب «حیل» (به کسر حاء و فتح یاء، جمع حیله) به معنای تقلب نسبت به قانون را می‌توان در این عنوان مندرج دانست که از مثال‌های مشهور آن بیع «عِیْنَه» (به کسر عین) است. بدین شکل که کسی مال خود را به نسیه بفروشد و همان را به مبلغ کمتر به نقد بخرد که در این معامله جنسی رد و بدل نمی‌شود و فقط مبلغی پول در برابر مبلغی کمتر دریافت می‌شود و نتیجه آن با «ربا» یکی است. پس معامله به صورت دو بیع حلال و نتیجهٔ «ربا» است. آیا چنین کاری حلال است یا حرام؟ مذاهب و عقائد مختلف است.

از مثال‌هائی که آورده شد به نظر می‌رسد که مصادیق این بحث درکتاب‌های اصولی اهل سنت و جماعت به هم ریخته است و چنان که برخی از فقیهان[۲] همزمان به درستی نوشته‌اند این مثال‌ها و مصادیق بر سه دسته‌اند: یك دسته مربوطند به بحث مقدمهٔ حرام، دسته دوم

۱- ***اصول الفقه الاسلامی***، دکتر بدران، چاپ اسکندریه، صفحهٔ ۲۴۱ تا ۲۴۶ و ***اصول الاحکام***، دکتر کبیسی صفحهٔ ۱۴۴ تا ۱۴۹.

۲- ***انوار الاصول***، آیة‌الله مکارم، ج ۲، ص ۵۴۳.

مربوطند به بحث معاونت در اثم و جرائم و دسته سوم مربوطند به «حِیَل یا تقلب نسبت به قانون» و برای رسیدن به پاسخ درست هریك باید دید هر موردی مربوط به کدام باب از ابواب فقه و حقوق است و سپس حکم آن را یافت. اینك برخی از مثال‌ها را بررسی می‌کنیم:

- رفتن به بزمی حرام، حرام نیست. مگر آنکه انسان بداند در صورت حضور در آن بزم نمی‌تواند از ارتکاب حرام خودداری کند. در اینجا رفتن که عملی است طبعاً مباح و جائز چون ذریعه، وسیله و مقدمه حرام می‌شود، حرام خواهد شد.

- فروش انگور به کارخانه مشروب سازی، اجاره دادن منزل به کسی که کار نامشروع انجام می‌دهد و فروش اسلحه به دشمنان دین از فروع معاونت در اثم و گناه و جرم است و حکم آن بر حسب مورد، اندازهٔ تأثیر آن در وقوع جرم و گناه و قصد داشتن یا نداشتن برای کمك به انجام حرام، متفاوت است.

- بیع عِینَه، به شرح پیش اگر به صورت معامله صوری درآید به واسطهٔ فقدان قصد باطل و ربوی و حرام است و اگر با قصد جدی و به صورت دو معامله با ارکان لازم منعقد شود، درست و حلال است؛ هرچند نتیجه ربا را داشته باشد.

عرف و عادت

۲۳۵ -لزوم بررسی این موضوع

در مقدمهٔ کتب حقوقی منابع و مآخذ حقوقی را: قانون، رویهٔ قضائی، عرف و عادت و دکترین علمای حقوق قلمداد کرده‌اند؛ و باتوجه به اینکه در حقوق اسلامی هم از عرف بحث و استفاده شده این فکر پیش آمده که آیا عرف در فقه اسلامی همان ارزش و اعتباری را دارد که در حقوق جدید دارد؟ بررسی سطحی تاریخ حقوق اسلام هم که پذیرفته شدن برخی از عرف‌های موجود در زمان نزول وحی را ثبت کرده، بدین فکر کمک کرده است. در حالی که کتب اصول فقه اسلامی ادله استنباط احکام راکتاب، سنت، اجماع و عقل یا قیاس (به اختلاف مذاهب) و چند عنوان دیگر، برحسب مذاهب اسلامی، دانسته و عرف را جزو ادلهٔ استنباط احکام به حساب نیاورده‌اند. بدین‌جهت لازم دانسته شد که این موضوع مورد بررسی قرار گیرد.

۲۳۶ -تعریف و عناصر عرف

تعریف مشهور عرف آن است که غزالی[۱] نقل کرده بدین عبارت: «*هُوَ مَاسْتَقَرَّ فِی النُّفوس مِنْ جَهَةِ العُقول وَ تَلَقَّته الطباعُ السلیمةُ بِالقبولِ*». و تعریف دیگری است بدین عبارت: «*العادةُ عِبارةٌ عمّا یَسْتِقَّرُ فِی النُّفوسِ مِنَ الامورِ المتکرّرةِ المقبولِة عندالطباع السلیمةِ*»[۲] در این تعریف عادت به جای عرف بکار رفته. ساده‌ترین تعریف را می‌توان در این جملهٔ کوتاه دید: «*العرفُ عادةُ جمهورِ قومٍ فی‌قولٍ او فعلٍ*».[۳]

عناصِر عرف برحسب این تعریف عبارتند از:

۱- عرف نوعی ازعادت است و عادت معنائی است دارای عنصرتکرار وبدون رابطهٔ تلازم عقلی.

۲ - عادت اکثریت (جمهور) بودن. با این قید عرف از عادت فاصله می‌گیرد و عادات

---

۱ -**مجلة الحقوق**، چاپ اسکندریه، سال ۱۹۵۱، شمارهٔ یک، سال پنجم، صفحه ۲.

۲ - **الاشباه و النظائر**، ابن‌نجیم، به نقل از هندی، شارح مغنی، قاعدهٔ ششم، صفحهٔ ۳۷

۳ - **المدخل الفقهی‌العام**، تألیف مصطفی احمد الرزقاء، جزو دوم، صفحهٔ ۸۳۸ و ۱.

فردی یا مشترک را خارج می‌کند. عادات فردی عادات مختلف افراد است و منظور از عادات مشترک، عاداتی است که معتادین به آن بیش از غیر معتادین نباشند و گاهی به‌طور مسامحه عرف مشترک هم نامیده می‌شود.

۳ - از این تعریف تفاوت دیگر عرف با عادت فهمیده می‌شود و آن این است که عرف نمی‌تواند شامل عادات طبیعی شود، مثلاً در هر منطقه‌ای دوشیزگان در سِنّی و پسران در سنّ دیگر به بلوغ می‌رسند. این امری است طبیعی که می‌توان آن را عادت گفت، ولی عرف نیست، زیرا مربوط به گفتار یا کردار آنان نمی‌باشد.

۲۳۷ - *اقسام عرف*

عرف را از جهات متعدد تقسیم کرده‌اند:

۱ - *عرف لفظی و عملی*: به این مطلب بعداً اشاره خواهیم کرد که نباید عرف لفظی را در این بحث دخالت داد و با توجه به این نکته می‌توان گفت آوردن *«فی قول»* در تعریف سوم عرف ناشی از خلط مبحث است.

۲ - *عرف خاص و عرف عام*: عرف خاص عبارت است از متعارفات بین صنفی یا در زمانی خاص یا در مکانی مخصوص و در برابر آن عرف عام است. پس سه نوع عرف خاص و عام می‌تواند وجود داشته باشد.

الف - عرف خاص صنفی: مثلاً ممکن است خیاطان دستمزد شاگردان و کارگران خود را به‌طور هفتگی بپردازند، باغداران و کشاورزان به هنگام به دست آمدن محصول و شرکت‌ها و سازمانها به‌طور ماهیانه و در این صورت عرف عام آن است که میان بیشتر اصناف معمول باشد مانند عیدی دادن به آنها، که غالباً می‌پردازند.

ب - *عرف خاص زمانی*: منظور این است که در زمانی کاری معمول و زمانی دیگر متروک باشد. چنانکه می‌گویند پیشکشی دادن به برخی از مأمورین دولت زمانی در ایران معمول بوده است و اکنون متروک شده و ممکن است رشوه تلقی شود. عرف عام زمانی مثل جشن گرفتن در اعیاد ملی، نوروز و مهرگان که از زمانهای بسیار قدیم در ایران معمول بوده و هنوز ادامه دارد.

ج - *عرف خاص مکانی*: عرف خاص مکانی رسومی است که در محلی خاص معمول باشد و در جاهای دیگر نباشد. چنانکه معمول است در تهران عروس لباس سفید و داماد لباس سورمه‌ای یا مشکی می‌پوشد و در عشایر و روستاهای ایرانی آنچه معمول است این است که عروس لباس رنگارنگ می‌پوشد و برای داماد نو بودن لباس او معمول است، ولی به رنگ

خاصی مقید نیست.

د - *می‌توان تصور کرد عرف خاص صنفی*، در محلی و به زمانی معین محدود باشد و در برابر عرف دیگری برای همه مردم، در هر جا و هر زمان وجود داشته باشد. البته مصداق کامل عرف خاص و عرف عام همین است. تعطیل جمعه و بیع استصناع از این نوع عرف عام برای همهٔ مسلمانان و مؤجل بودن نصف مهر برای حنفی‌ها، در سرزمین سوریه در زمان حاضر از این نوع عرف خاص است.[۱]

استصناع - عبارت است از بیع چیزی قبل از ساخته شدن آن. مثل خرید ماشین، بخاری، یخچال و سایر مصنوعاتِ پیش از آنکه ساخته شوند. باتوجه به اینکه مبیع باید به هنگام عقد بیع موجود باشد و بیع معدوم باطل است، علمای اهل تسنن بیع این گونه اشیاء را به لحاظ ضرورت اجتماعی و هم به دلیل عرف عام جائز دانسته‌اند[۲] و فقهای شیعه نیز تحت عنوان «بیع کلی» آن را تصحیح نموده‌اند.[۳]

مهر - دربارهٔ مهر این توضیح لازم است که بنابر عقیدهٔ فقهای امامیه، مهر دینی معجل است که به موجب عقد نکاح بر ذمهٔ شوهر تعلق می‌گیرد و حتّیٰ زوجه می‌تواند پیش از زفاف همهٔ آن را مطالبه نماید و تمکین از شوهر را منوط به دریافت آن نماید. ولی اگر زفاف انجام گیرد، زن دیگر نمی‌تواند تمکین نکند، لکن به هرحال مهر همیشه به صورت دین معجل می‌ماند.[۴] بنابر عقیدهٔ فقهای حنفی، که در سوریه معمول است، نصف مهر فوری و معجل و نصف دیگر غیرفوری و مؤجل است.

۳ - عرف شارع و عرف متشرعه

هر دو از اقسام عرف خاص می‌باشند. معمول و متعارف زمان پیغمبر را عرف شارع می‌گویند. و منظور از عرف متشرعه متعارفات بعد از این دوره است. ازنظر زمانی می‌توان گفت عرف شارع تا اوائل نیمهٔ اول قرن اول هجری ادامه داشته و از اواخر آن عرف متشرعه شروع شده است. هرچند نمی‌توان مبدء دقیقی برای عرف متشرعه تعیین کرد، ولی ازنظر امامیه[۵] از

---

۱ - **المدخل الفقهی العام**، مصطفی احمد الزرقاء، جزو دوم، صفحهٔ ۸۴۶.

۲ - **المجله**، مادهٔ ۱۲۴.

۳ - **متاجر**، شیخ انصاری، در بیع کلی.

۴ - **شرح لمعه**، شهید ثانی، کتاب نکاح، جلد پنجم، صفحهٔ ۳۵۳ به بعد.

۵ - **حاشیهٔ سیدعلی بر قوانین**، جلد اول، صفحهٔ ۳۶.

زمان صادقین (امام محمدباقر و امام جعفر صادق علیهماالسلام) به بعد را عرف متشرعه گویند. (این بحث در شمارهٔ ۱/۴۳ نیز گذشت).

از آنجا که این بحث بیشتر در عرف لفظی مفید فایده است نه در عرف عملی، که مورد بحث ما است، لذا به همین مختصر اکتفا و به ذکر مطالب دیگر برای روشن ساختن موضوع بحث مبادرت می‌شود.

۲۳۸ - *تعریف عادت و عناصِر آن*

عادت از عود و بازگشت و در لغت به معنای خوی است. هرگاه کاری در اثر تکرار چنان مطبوع طبعِ شود که انجام مکرر آن خوشایند و ترک آن دشوار شود، می‌گویند عادت بوجود آمده است. اعتیاد مصدر باب افتعال و معتاد اسم فاعل و مفعول آن از همین ریشه و جملهٔ ***«العادةُ طبیعةٌ ثانویَه»*** اشاره به همین معناست.

در اصول فقه عادت را چنین تعریف کرده‌اند: ***«هِیَ الامُر المتکَرَّرُ مِنْ غَیرِ عَلاقةٍ عقلیةٍ»***.[۱] یعنی چیزی است که بدون ملازمهٔ عقلی تکرار می‌شود. به‌طوری که از این تعریف برمی‌آید عناصر عادت یکی عنصر مثبت تکرار است و دیگری عنصر منفی «از روی علاقهٔ عقلی نبودن». عنصر اول احتیاجی به توضیح ندارد و در شرح عنصر دوم می‌توان گفت: هرگاه تکرار چیزی ناشی از رابطهٔ عقلی و علیت بین دو چیز باشد، نمی‌توان آن را عادت نامید. مثلاً تکرار تحرک پس از بوجود آمدن هر علت محرکه‌ای قطعی است، ولی این تکرار را نمی‌توان عادت دانست، چون معلولِ علتی عقلی است.

۲۳۹ - *اقسام عادات*

عادت گاهی فردی است: مانند حرکات معتاد کسی در زندگی روزانه‌اش از قبیل لباس پوشیدن، سیگار کشیدن و کار معینی انجام دادن.

گاهی عادت جمعی است که معمولاً ناشی و منبعث از رفع یک احتیاج عمومی است. مثل بیع شرط، عزاداری‌ها، جشن‌های ملی و مذهبی.

عادت ممکن است ممدوح و پسندیده یا مذموم و ناپسند باشد. در مثالهای بالا نمونه‌هائی از هر دو نوع می‌توان دید.

---

۱ - **المدخل الفقهی العام**، مصطفی احمد الزرقاء، جزو دوم، صفحهٔ ۸۳۶ و ۱.

عادت گاهی ناشی از عوامل طبیعی است مثل زودرس یا دیررس بودن بلوغ افراد در مناطق مختلف. به‌نظر می‌رسد این نوع عادت‌ها عنصر دوم را ندارند چون از رابطه علیت ناشی هستند؛ پس در حقیقت عادت نمی‌باشند.

گاهی هویٰ و هوس مردم منشاءِ عادتی می‌شود مثل عادات مضرهٔ اجتماعی و فردی: رباخواری، قماربازی، دروغگوئی، فساد اخلاق به اشکال گوناگون که فقها از این نوع به «فساد زمان» تعبیر کرده‌اند.[۱]

اختلاط نسل‌ها، نژادها، و زبانها، نیز گاهی منشاءِ عادتی می‌شود که غرب‌زدگی عصر حاضر ما نشانهٔ بارزی از آن است.

۲۴۰ - *مقایسهٔ عرف با عادت*

در قانون مدنی ایران، و به تبع آن در کتب حقوق مدنی که به شرح آن پرداخته‌اند، غالباً عرف و عادت[۲] باهم بکار برده شده و بنظر می‌رسد آن دو را مترادف دانسته‌اند، در حالی که در فقه و اصول بیشتر عرف، کمتر عادت و گاهی هر دو بکار برده شده. از این روی لازم است به نسبت بین این دو اشاره نمود.

در کتاب «المدخل» پس از تعریف عادت و عرف در بیان نسبت بین آنها چنین می‌خوانیم: ***«وَیَتَّضِحُ مِنْ جَمیعِ ما تَقَدَّمَ اَنَّ العادةَ اَعَمُّ من العرفِ... فَتکونُ النسبةُ بینَ العادةِ و العرفِ هیَ العمومُ و الخصوصُ المطلقُ...»*** مؤلف این کتاب به صراحت نسبتِ بین عرف و عادت را عموم و خصوص مطلق و عادت را اعم از عرف دانسته است.

در رسالهٔ دکتری «نقش عرف در حقوق مدنی ایران» به نقل از کتاب «العرف و العادة» آمده است که برخی با حفظ نسبت عموم و خصوص مطلق بین این دو، عادت را اخص و منحصر به افعال؛ و عرف را اعم و شامل افعال و الفاظ هر دو دانسته‌اند.[۳] کتاب مزبور متأسفانه به دست نیامد. ولی بنظر می‌رسد این عقیده که عادت منحصر به افعال است و در مباحث الفاظ نیامده درست باشد و با تلفیق آن با عقیدهٔ مؤلف «المدخل» که عادت را از جهت فرا گرفتن عادات طبیعی و فردی اعم از عرف دانسته می‌توان گفت نسبت بین این دو اصطلاح عموم و

---

۱ - مأخذ پیش

۲ - بررسی اجمالی در قانون مدنی ایران و کتبی که در حقوق مدنی ایران نوشته شده صدق این مدعا را ثابت می‌کنند. برای تمونه به مواد ۵۴ - ۲۲۰ - ۲۳۵ - ۲۸۰ - ۳۵۶ - ۳۵۷ - ۴۲۶ - ۶۴۶ - ۶۶۷ و ۱۱۳۱ این قانون مراجعه شود.

۳ - صفحهٔ ۳۴، این رساله تألیف آقای دکتر محمود سلجوقی و پایان‌نامه دورهٔ دکتری حقوق ایشان است.

خصوص من وجه است.

۲۴۱ - وجود احکام امضائی دلیل حجیّت عرف در زمان بعد از شارع نیست

برخی از نویسندگان، چنانکه اندکی بعد خواهد آمد، در این بحث سخن را به عرف زمان شارع، یعنی پیغمبر اسلام کشیده یا از روش او (ص) در تأیید برخی از عرف‌های خوب و ردّ پاره‌ای از عرف‌های بد برای حجیّت عرف در زمان بعد از پیغمبر (ص) و در حال حاضر استدلال کرده‌اند. اینان می‌گویند در اسلام دو گونه احکام داریم، تأسیسی و امضائی. حکم تأسیسی آن است که بی‌سابقه بوده و تشریع کنندهٔ آن شارع اسلام باشد، مثل نماز و حج با خصوصیات و کیفیات موجود در اسلام. حکم امضائی آن است که در مذاهب دیگر یا در میان اعراب جاهلیت سابقه داشته و اسلام هم آن را پذیرفته است، مانند جواز بیع و نکاح و حرمت قتل و سرقت. احکام امضائی در اسلام فراوان است که برخی بدون تغییر و برخی با تغییراتی ابقاء شده. مثلاً احترام ماه‌های حرام و تحریم قتال در آن ماهها از احکام امضائی است که در میان اعراب جاهلیت وجود داشته و شرع اسلام هم آن را عیناً تأیید و امضا کرده است.[۱]

و نیز عرف‌هائی وجود داشته که اسلام آن را رد و منع کرده است مثل رباخواری، قماربازی و می‌گساری.[۲]

این مطلب به جای خود درست است ولی ارتباطی به بحث ما ندارد و نمی‌توان از حجت دانستن برخی از اینها برای حجیت عرف در حقوق اسلامی بعد از زمان شارع نتیجه‌گیری کرد زیرا:

اولاً - به رسمیت شناختن آن عرفها با وسیلهٔ آیهٔ قرآن یا سنت پیغمبر بوده است و با فرض داشتن دلیلی از قرآن و سنت احتیاجی به حجت دانستن عرف باقی نمی‌ماند.

ثانیاً - نمی‌توان از آنچه گفته شد برای عرف در زمان بعد از شارع حجیّت استنتاج کرد. زیرا ملازمه‌ای وجود ندارد که حجیّت برخی از عرف‌های پیش از شارع، مثبت حجیّت عرف‌های بعد از او هم باشد. شارع برخی از عرف‌های موجود در زمان خود را حجت دانسته و بعضی را رد کرده است. این مطلب همان قدر بر حجیت عرف بعد از او دلالت دارد که بر عدم حجیت آن. به عبارت دیگر در استدلال و برهان اگر کبرای قیاس، کلی باشد منتج خواهد بود و اگر جزئی باشد عقیم می‌شود. مثلاً اگر می‌توانستیم بگوئیم شارع تمام عرف‌های موجود در

---

۱ - «یَسْأَلُونَکَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرامِ قِتالٍ فِیه، قُلْ قِتالٌ فِیهِ کَبِیرٌ وَ صَدٌّ عَنْ سَبِیلِ اللّٰهِ وَ کُفْرٌ بِهِ وَ الْمَسْجِدِ الْحَرامِ...» آیهٔ ۲۱۷ از سورهٔ بقره.

۲ - آیهٔ ۲۷۵ از سورهٔ بقره و آیهٔ ۹۰ از سورهٔ مائده.

جامعه را حجت شمرده می‌توانستیم این کبرای کلی را در برهانی قرار دهیم و عرف حال حاضر را حجت بدانیم. در حالی که کبرای قیاس ما جزیی است: ما گفتیم «بعضی» از احکام اسلام امضائی است نه «تمام» آنها و گفتیم که اسلام پاره‌ای از عرف‌ها را حجت دانسته و پاره‌ای را حجت ندانسته. بدین جهت با این کبرای جزئی نمی‌توان قیاس مثبتی تشکیل داد. پس عرف زمان شارع از بحث ما خارج است.و نمی‌توان از آن برای حجیّت عرف در زمان بعد از او استدلال و استفاده کرد.

۲۴۲ - عرف لفظی هم خارج از موضوع بحث است

عرف لفظی یا عرف استعمالی در برابر عرف عملی است. آنچه مورد اختلاف فقهاست عرف عملی است و هر وقت عرف به‌طور مطلق گفته شود همین عرف عملی متبادر و منظور است. عرف لفظی عبارت است از این که برای لفظی معنائی جز معنای لغوی آن بوجود آید و به عبارت دیگر هرگاه لفظی که در لغت معنایی حقیقی دارد در معنای دیگر چنان بکار رود که بدون احتیاج به قرینه معنای دیگر را برساند، معنای دوم را معنای حقیقی عرفی و لفظ را حقیقت عرفی گویند. مانند دابّه برای چهارپا، متکلم برای عالم به علم کلام و فقیه برای عالم فقه. زیرا معنای حقیقی لغوی دابّه: جنبنده و معنای لغوی متکلم: ناطق و سخنگوی و معنای لغوی فقیه: مدرک است.[۱]

اصولیین و فقهای شیعه و سنی در حجیّت عرف لفظی و استعمالی و تقدم آن بر معانی لغوی اختلافی ندارند. بنابراین در بحث از عرف و اینکه آیا عرف از منابع حقوق محسوب است یا خیر؟ نباید با خلط مبحث، حجیّت و اعتبار عرف لفظی را دلیل بر حجیّت و اعتبار مطلق عرف گرفت. عرف لفظی حالت و کیفیتی از دلیل لفظی یعنی قرآن و سنت است و ربطی به عرف و عادت که در عداد منابع حقوق مورد بررسی قرار می‌گیرد، ندارد.

۲۴۳ - حجیّت عرف

حجیّت عرف (عرف عملی) در نزد امامیه و اهل سنت مورد اختلاف است. در حالی که علمای اهل سنت آن را حجت می‌دانند، فقهای امامیه حجیّت آن را محدود به مواردی نظیر تفسیر موضوع و بیان ارادهٔ طرفین معامله می‌نمایند. و در اثبات احکام برای آن حجیّتی قائل نیستند. و به عبارت روشن، امامیه عرف عملی را در عداد ادلهٔ استنباط احکام به حساب

---

۱ - **مستصفی**، غزالی، جلد اول، صفحهٔ ۳۲۵.

نمی‌آورند و مواردی را که علمای اهل سنت به عرف استناد کرده‌اند فقهای امامیه با دلیل دیگر اثبات می‌نمایند. در اینجا ابتدا به شرح عقیدهٔ علمای اهل سنت و سپس به بیان عقیدهٔ فقهای امامیه می‌پردازیم.

علمای اهل سنت، بخصوص حنفی‌ها، عرف را حجت می‌دانند و میدان عمل به آن را وسیع دانسته آن را یکی از بهترین وسائلی می‌شمارند که می‌توان با آن فقه اسلامی را با تحولات جامعه و جهان هماهنگ و احتیاجات عالم متغیر و جامعهٔ متبدل را با انعطاف پذیری کامل و تبدیل آن مرتفع ساخت. این مطلب را می‌توان به وضوح در کتب زیر مطالعه نمود.[۱]

بنظر می‌رسد نقل قسمتی از عبارات یکی از مآخذ نامبردهٔ زیر برای صحت انتساب این عقیده به آنان بی‌مناسبت نباشد. لذا ذیلاً قسمتی از عبارات مصطفیٰ احمد الزرقاء استاد حقوق مدنی و فقه اسلامی دانشکدهٔ حقوق دانشگاه دمشق در زیرنویس آورده می‌شود.[۲]

فقهای امامیه عرف را برای اثبات حکم تکلیفی حجت نمی‌دانند مگر اینکه ثابت شود در زمان معصوم (علیه السلام) هم معمول بوده و از آن نهی نشده، مثل استصناع و عقد فضولی که در این فرض سنتی است تقریری و عرف خود حجیتی ندارد.

اینان در غیر مورد حکم تکلیفی عرف را حجت می‌دانند ولی می‌توان مورد آن را محدود به صور زیر دانست:

---

۱ - **الاشباه و النظائر**، تألیف ابن‌نجیم، قاعدهٔ نهم. **رسالهٔ نشر العرف**، تألیف ابن‌عابدین، جزو دوم، از صفحهٔ ۱۱۴ به بعد. **المدخل الفقهی العام**، تألیف مصطفی احمد الزرقاء، جلد اول، از شمارهٔ ۳۶ تا ۴۱ و جلد دوم از شمارهٔ ۴۷ تا ۵۵ و **مجلة الحقوق**، چاپ اسکندریه، شمارهٔ یکم، سال پنجم.

۲ - **المدخل الفقهی العام**، جلد اول، صفحهٔ ۱۴۷ «**۳۹ - سُلْطانُ العُرفِ فی الفِقْهِ الاِسْلامیّ اِجْمالاً**».

«اِنَّ لِلْعُرْفِ فی الْفِقْهِ الاِسْلامیِّ اِعْتِباراً شِرْعِیّاً فی بِناءِ کَثیرٍ مِنْ اَنْواعِ الْاَحْکامِ... وَ اِنَّ اجْتِهاداتِ الْفِقْهِیَّةِ فی الْاِسْلامِ مُتَّفِقَةٌ عَلیٰ هٰذَا الاِعْتِبارِ لِلْعُرْفِ، وَ اِنْ کانَ بَیْنَهاشَیْءٌ مِنَ التَّفاوُتِ فی حُدُودِهِ وَ مَداه وَ قَدْ اَقامَ الْفُقَهاء و خاصَّة مِنْهُمْ رِجالُ الْمَذْهَبِ الْحَنَفِیِّ کَبیر وَزْن لِلْعُرْفِ فی ثُبوتِ الْحُقُوقِ وَ اِنْتِفائِها بَیْنَ النّاسِ فی نَواحٍ شَتّیٰ مِنْ الْمُعامِلاتِ وَ ضُرُوبِ التَّصَرُّفاتِ، وَ اِعْتَبِروا الْعُرْفَ وَ الْعادَةَ اَصْلاً هامّاً وَ مَصْدَراً عَظیماً واسِعاً تَثْبَتُ الْاَحْکامُ الْحُقُوقِیَّةِ بَیْنَ النّاسِ عَلیٰ مُقْتَضاهُ کُل ما لایُصادِمُ نَصّاً تَشْریعیّاً خاصاً یَمْنَعُهُ.

فَالْعُرْفُ فی نَظَرِهِمْ دَلیلٌ شَرْعِیٌّ کافٍ فی ثُبُوتِ الْاَحْکامِ الْاِلْزامیَّهِ وَ الْاِلْتِزاماتِ التَّفْصیلیَّةِ بَیْنَ النّاسِ، حَیْثُما لا دَلیلَ سِواهُ، بَلْ اَنَّهُ یُتْرَک بِهِ الْقِیاسُ اِذا عارَضَهُ، لِاَنَّ الْقِیاسَ الْمُخالِف فی تَیجَته لِلْعُرْفِ الْجاری یُؤَدّی اِلی حَرَج، فَیَکُونُ تَرَکُ حُکْمِ الْقِیاسِ وَ الْعَمَل بِمُقْتَضَی الْعُرف هُوَ مِنْ قَبیلِ الْاِسْتِحْسانِ الْمُقَدَّمِ عَلَی الْقِیاسِ».

۱ - ***تشخیص موضوعات:*** برخی احکام بر موضوعات عرفی وارد شده‌اند. یعنی تشخیص آن موضوعات به عهدهٔ عرف واگذار شده در این‌گونه موارد عرف حجت است. مثل تشخیص فقیر و فی سبیل‌الله برای مصارف زکات. این موضوعات برحسب زمان و مکان و درجهٔ تمدن مردم کاملاً متفاوت است.

۲ - ***برای تفسیر ارادهٔ متعاملین در موقع انعقاد عقد.***

۲۴۴ - شرائط حجّیت عرف

برای حجّیت عرف اعم از اینکه آن را در عداد ادلهٔ استنباط احکام شرعی به شمار آوریم یا تنها در غیر احکام آن را دلیل بدانیم، شرائطی به شرح زیر مقرر است:

شرط اول - عرف باید مطّرد یا غالب باشد

منظور از این شرط این است که وقتی عمل و رفتاری بین مردمی یا تمام مردم به صورت متعارف در می‌آید باید در غالب مصادیق آن مورد عمل قرار گیرد. مثلاً گفتیم مهر در میان حنفی‌ها در سوریه مقداری مؤجل و مقدار دیگر معجل است. این وضع باید در غالب مصادیق نکاح آنها معمول باشد تا حجیت داشته باشد.

ممکن است تصور شود که با در نظر گرفتن عرف عام و خاص دیگر چنین شرطی لازم نیست. زیرا اگر عرفی عام باشد حتماً اطراد و غلبه دارد و اگر خاص باشد اطّراد و غلبه ندارد. ولی این تصور نادرست است. زیرا منظور از عام و خاص بودن عرف کثرت و قلت افرادی است که آن را پذیرفته‌اند، در حالی که اطراد و غلبه به لحاظ توسعهٔ مصادیق آن است، چه، ممکن است چیزی بین مردمی معمول ولی محدود به مورد خاص و عاری از اطراد و غلبه باشد. فرض کنیم همین رسم تأجیل قسمتی از مهر و تعجیل بقیه منحصر به نکاح بیوه زنان باشد در آن صورت نباید آن را عرفی معتبر برای هر نکاحی دانست. بلکه وقتی عرفِ نکاح است که در همه یا بیشتر انواع نکاح معمول باشد.

شرط دوم - عرف باید همزمان باشد نه سابق و نه لاحق

هرگاه بخواهیم مسأله‌ای را با دلالت عرف و عادت حل کنیم باید عرف و عادت همزمان با حدوث و وقوع آن مسأله محقق باشد. در غیر این صورت، یعنی در عرف سابق و لاحق، نمی‌توان به عرف استناد کرد. مثلاً اگر به هنگام عقد اجاره‌ای معمول بوده است که تاریخ را به

سال قمری می‌نوشتند و اکنون سندی از آن زمان در دست است که نوع سال در آن قید نشده می‌توان گفت سال قمری مراد بوده، ولی اگر قبلاً یا بعداً عرف بوجود آمده باشد یا بوجود آید و از عرف زمان وقوع مسأله بی‌خبر یا نسبت به آن مردد باشیم، نمی‌توان به عرف عمل کرد.

بدیهی است که همیشه باید عرف پیش از وقوع مسأله تحقق یافته باشد، ولی لازم است که تا زمان وقوع پایدار و مستمر باشد. و منظور از عرف سابق عرفی است که پیش از حادثه‌ای موجود بوده و بعداً منقطع شده باشد.

شرط سوم - عدم تصریح

عرف وقتی بکار گرفته می‌شود که طرفین قرارداد ساکت مانده، برای حل اشکالات احتمالی مربوط به روابط خود راه‌حلی پیش‌بینی نکرده باشند و در صورت تصریح و تعیین تکلیف از طرف آنها دیگر مجالی برای عرف باقی نمی‌ماند. مثلاً هرگاه کسی ماشینی از دیگری کرایه کند برای رفتن از تهران به شیراز، چون متعارف این است که از طریق اصفهان به شیراز می‌روند، این عرف باید رعایت شود و خلاف آن موجب مسؤولیت است. ولی هرگاه طرفین تصریح کنند که از طریق خرم‌آباد، اهواز، کازرون به شیراز مسافرت انجام شود، دیگر عرف از تأثیر می‌افتد.

شرط چهارم - عدم مخالفت عرف با نص شرعی

اجمالاً هرگاه نصّی از شارع یا قانونگذار یا قاعدهٔ قطعی در شرع یا در حقوق وجود داشته باشد، نمی‌توان برخلاف آنها به عرف و عادت عمل کرد و به‌طورکلی هرگاه عمل به عرف موجب تعطیل نصّ شرعی یا قانون شود عرف از اعتبار می‌افتد.

۲۴۵ - نمونه‌هایی از عرف در معاملات

مسائلی راکه فقهای اهل سنت از باب عرف دانسته‌اند بسیار است. هم در زندگی عادی و روزمرهٔ مردم و هم در معاملات و روابط مدنی آنها و در اینجا به ذکر چند مثال از معاملات اکتفا می‌شود.

۱ - هرگاه کسی به منزل دوست خود وارد شود، می‌تواند بدون إذن صاحبخانه، از ظروف و وسائل پذیرایی او و از هرچه خوردنی جلوی خود می‌بیند استفاده کند، و اگر به هنگام استفاده ظرفی شکسته شود شرعاً ضامن نیست.

فقهای امامیه که عرف را حجّت نمی‌دانند دلیل این مسأله، جواز استفاده، را إذن فحوا و شاهد حال می‌دانند.

۲ – سکوت دوشیزگان را به هنگام نکاح دلیل رضای آنها دانسته‌اند. زیرا عرف با توجه به شرم و حیای آنان عدم رد و عدم مخالفتشان را رضایتشان می‌داند.

امامیه نیز این حکم را قبول دارند ولی دلیل آن را سکوت محفوف به قرینه می‌دانند.

۳ – بیع معاطات را فقهای اهل سنت از باب دلالت عرف عام صحیح می‌دانند.

فقهای امامیه در صحت و تأثیر بیع معاطات و اینکه مفید مالکیت یا اباحه است اختلاف‌نظر دارند[۱] و به‌هرحال روایاتی در این موضوع دارند.

۴ – مخارج تقویم، توزین و تحویل مبیع در صورت سکوت متبایعین، به حکم عرف معین می‌شود. در این مسئله امامیه نیز با برادران سنی خود همداستانند.

۵ – توابع مبیع (ما یَدْخُلُ فی المبیعِ) اگر مسکوت بماند، با مراجعه به عرف و عادت معلوم می‌شود. مثلاً عرف بر این جاری است که سویچ ماشین، جک و برف پاک‌کن همراه ماشین به خریدار تحویل می‌شوند. در حالی که جعبهٔ آچار، طایر یدکی و کفی‌های داخل ماشین بدون توافق قبلی جزو مبیع محسوب نمی‌شوند. امامیه نیز براین عقیده هستند. زیرا چنانکه اشاره رفت آنان عرف را در تعیین موضوعات حجّت می‌دانند.

---

۱ – **متاجر** شیخ انصاری و **جواهر الکلام**، در بیع معاطات.

گفتار هشتم -اَمارات (به فتح همزه)

۲۴۶ -تعریف دلیل، اماره و اصل[1]

در آغاز سه اصطلاحِ: دلیل، اماره و اصل تعریف و فرق هر یک با دیگری توضیح داده می‌شود تا موضوع بحث «امارات» معلوم گردد. آنگاه به بیان حجیت اماره، مبنای حجیت آن و مصادیق آن می‌پردازیم.

الف - تعریف دلیل

دلیل در اصطلاح منطق و اصول دو معنای نسبتاً متفاوت دارد. در منطق دِلیل مترادف است با برهان و قیاس؛ و چنانکه در فصل قیاس گذشت منظور از آن مجموع چند قضیه است که از تألیف آنها مجهولی معلوم گردد. مانند اینکه می‌گویند عالم متغیر است و هر متغیری حادث است، پس عالم حادث است .

در اصول فقه دلیل اعم از آن است که در منطق مصطلح است. زیرا به هر چیزی که بتواند ما را به مجهولی برساند و مجهولی را برما معلوم کند دلیل گویند. اعم از اینکه قیاسی باشد مؤلف و مرکب از چند قضیه، یا قضیهٔ واحدی باشد و به همین لحاظ حکم عقلی، قرآن، قیاس و اجماع را دلیل گویند، در حالی که ممکن است سه مورد اخیر قضایای مؤلف نباشند. چنانکه جملهٔ «اَقیمُوا الصَّلٰوةَ» دلیل نماز است و جمله‌ای است مفرد، نه مرکب.

این معنای عام و وسیع دلیل است و بدین معناست که شامل اماره، اصل و دلیل به معنای اخص هم می‌شود. در حقوق نیز دلیل به‌همین معنای وسیع است. از جمله در مادهٔ ۱۲۵۸ قانون مدنی «دلیل» را در همین معنای عام به‌کار برده است: «دلائل اثبات دعوا از قرار ذیل است: ۱- اقرار ۲- اسناد کتبی ۳- شهادت ۴- امارات ۵- قسم».

دلیل اخص در برابر اماره و اصل است و تعریف آن چنین است :

«دلیل عبارت است از چیزی که به لحاظ کشف از واقع مثبت حکمی تکلیفی و کلی

---

۱ - **بحرالفوائد**، میرزا حسن آشتیانی، جزء یکم، صفحه سوم و جزء دوم، صفحه چهارم.

باشد» مانند آیهٔ شریفه «*اَحَلَّ اللّٰهُ اَلْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَوا*»[1] که حکم حلال بودن بیع و حرام بودن ربا را در عالم واقع و حقیقت شرع بیان می‌کند. در این مورد فرق نمی‌کند که حکم تأسیسی باشد مانند حرمت ربا یا امضائی و تقریری باشد مانند حلیت بیع. دربارهٔ ادلهٔ استنباط احکام در گفتار هفتم بحث کردیم. و در این گفتار دربارهٔ «امارات» گفتگو می‌کنیم.

ب - *تعریف اماره*

اماره چیزی است که مثبت حکم وضعی یا موضوعی از موضوعات احکام تکلیفی باشدو به لحاظ کشف از واقع حجت شناخته شده باشد. مانند امارهٔ ید و تصرف که مثبت مالکیت متصرف و ذوالید است و مانند امارهٔ فراش که مثبت نسب و مبتنی بر غلبه است. این دو اماره هر دو از احادیث و اخبار اقتباس شده‌اند.[2] باید توجه داشت که موضوع بحث ما امارهٔ قانونی است نه امارهٔ قضائی.

مثال‌های دیگر: سن معین برای «بلوغ»، امارهٔ رسیدن به رشد عقلی است. این اماره در قانون مدنی پیش از اصلاحات سال ۱۳۶۱ وجود داشت، ولی در وضع فعلی آن و در فقه بلوغ مبنای وجوب تکالیف است نه امارهٔ رشد.

بینه شرعی اماره است برای اثبات مفاد آن اعم از زوجیت، مالکیت، جرم و غیره.

سوق مسلمین یا بازار مسلمانان امارهٔ تذکیه و طهارت گوشت و نان و دیگر خوردنی‌هاست.

پرداخت مالیات و عوارض ملک ظاهر در ملکیت و امارهٔ ظنّ به آن است.

برای اماره تعریف دیگری هم وجود دارد بدین خلاصه:

اماره چیزی است که به‌طور ظنی کاشف از حکم یا موضوعی باشد و در این صورت، دلیل: عبارت از چیزی است که به طور قطع کاشف از حکم یا موضوعی باشد. بنابراین تعریف فرق اماره و دلیل منحصر می‌شود به جنبهٔ قطعی بودن دلیل و ظنی بودن اماره.

ج - *تعریف اصل*

---

۱ - آیهٔ ۲۷۵ از سورهٔ بقره.

۲ - **لَوْلَمْ یَجُزْ هذالَمْ یَقُمْ لِلْمُسْلِمینَ سُوقٌ**، حدیث‌مروی از امام صادق (ع) و **اَلْوَلَدُ لِلْفَراشِ وَ لِلْعاهِرِ اَلْحَجَرْ**، روایت منقول از پیغمبر اکرم (ص).

اصل چیزی است که بدون ملاحظهٔ کشف از واقع و صرفاً برای تعیین تکلیف در موقع شک و تردید حجت شناخته شده باشد، اعم از اینکه مثبت حکم تکلیفی باشد یا موضوع. مثلاً هرگاه در تحریم عملی تردید کنیم، مثل اینکه ندانیم سیگار کشیدن حرام است یا حلال، با کمک اصل برائت حلیت آن را ثابت می‌کنیم. و این اثبات فقط برای رفع تحیّر و تردید در مقام عمل است، بدون اینکه بتوانیم بگوئیم در واقع و عندالله نیز سیگار کشیدن مباح است. این مثال برای ***اصل مثبت حکم*** است. مثال دیگر: هرگاه کسی یقین داشته باشد که به دیگری بدهکار بوده است و شک در تأدیه آن داشته باشد به موجب اصل استصحاب اشتغال ذمهٔ او ادامه می‌یابد. این نیز ***اصل مثبت حکم*** است. برای ***اصل مثبت موضوع*** می‌توان به اصالة الصحه[1] مثال زد. مثلاً هرگاه در صحت و درستی عقدی تردید داشته باشیم می‌گوئیم اصل صحت آن است تا بطلان آن مسلم شود.[2] و مانند استصحاب وجود غائب مفقودالاثر، (به شماره ۲۶۰ نیز توجه شود).

۲۴۷ - *مقایسهٔ دلیل، اماره و اصل با یکدیگر*

نخست - مقایسهٔ اماره با دلیل

اماره با دلیل از حیث اینکه هر دو به لحاظ کشف از واقع حجّت شناخته شده‌اند به‌هم شباهت دارند و تفاوت بارز آنها این است که :

اولاً - دلیل مثبت حکم تکلیفی و اماره مثبت موضوع یا حکم وضعی است.

ثانیاً - حجیّت اماره به عقیدهٔ مشهور اصولیین مبتنی است بر حجیّت ظنّ نوعی حاصل از آن و به عبارت دیگر اماره موجب ظنّ است نه قطع، در حالی که دلیل می‌تواند قطعی باشد یا ظنی.

دوم - مقایسهٔ اصل با دلیل و اماره

تفاوت اصل با اماره و دلیل بسیار است که با دقت در تعاریف گذشته روشن می‌شود. از

---

۱ - **فرائد الاصول**، شیخ انصاری، صفحهٔ ۱۸۳.

۲ - تعریف دلیل، اماره و اصل به شرحی که گذشت، از کتاب فرائدالاصول «رسائل» شیخ مرتضی انصاری و حواشی آن استفاده شده و بخصوص می‌توان آن را در حاشیهٔ اوثق الوسائل و «بحرالفوائد» یا حاشیهٔ آشتیانی در اول بحث حجیّت قطع و در اول بحث اصل برائت مطالعه و بررسی کرد.

جمله اینکه: دلیل و اماره برای کشف از واقع و پی بردن به حکم واقعی یا موضوعات احکام هستند، ولی اصل به هیچ‌وجه جنبهٔ کشف از واقع نداشته و برعکس، با فرض جهل به واقع و حکم واقعی، برای رفع بلاتکلیفی در مقام عمل باکمک آن (اصل) تدبیری اندیشیده می‌شود.

– دلیل و اماره را دلیل اجتهادی گویند، زیرا مجتهد به وسیلهٔ آنها در طریق دست یافتن به حکم شرعی تمام جهد و کوشش خود را مبذول داشته و از تحمل هیچ مشتقی خودداری نمی‌کند. ولی این منظور با «اصل» تأمین نمی‌شود، با اصل فقط می‌توان راه‌حل عملی را فهمید و لذا اصل را دلیل فقاهتی گویند.

– از لحاظ اثبات مطلب، اماره بر اصل برتری دارد و در صورت تعارض میان آن دو اماره بر اصل مقدم است که گفته‌اند: «الاصل دلیل حیث لادلیل». این عقیدهٔ بیشتر اصولیین است. ولی شهید ثانی معتقد است که اصل غالباً بر اماره مقدم است[1]. مثال: هرگاه زن و شوهر خلوت کامل داشته باشند و با این حال شوهر مدعی عدم آمیزش شود، گرچه اصل عدم آن است ولی ظاهر این است که مباشرت انجام یافته است. شهید اول معتقد است به ترجیح ظاهر ولی شهید ثانی اصل را بر ظاهر برتری داده است. مثال دوم در صورت امکان الحاق فرزند به خانواده و شوهر دوم و امکان استصحاب الحاق آن به شوهر پیشین، فرزند به شوهر دوم ملحق می‌شود چون امارهٔ فراش برای شوهر دوم وجود دارد.

– اماره غالباً مفید ظن است و مبنای حجیت آن کشف ظنی از واقع است؛ در حالی که اصل غالباً مفید ظن نیست و به هرحال مبنای حجیت آن ایجاد ظن نمی‌باشد.

– عمل به اصل هنگامی مجاز است که قبلاً برای یافتن دلیل فحص و جستجو شده باشد و از دسترسی به آن نومیدی و یأس حاصل شده باشد؛ در حالی که بکار بستن اماره نیازی به این امر ندارد و اماره حجت است، مگر اینکه دلیلی قطعی یا اماره‌ای قوی‌تر برخلاف آن وجود داشته باشد. مثلاً اگر بخواهیم در موردی با اصل استصحاب مالکیت سابق را ثابت کنیم باید قبلاً تحقیق کنیم که آیا حالت سابق ازبین رفته یا نه، ولی اگر بخواهیم با امارهٔ ید و تصرف مالکیت متصرف فعلی را ثابت کنیم نیازی به تحقیق نداریم و او را مالک می‌دانیم، مگر اینکه مدعی مالکیت سند مالکیت نشان دهد یا مثلاً بیّنهٔ شرعی بیاورد.

– اصل، مثبت آثار و لوازم عقلی و عادی خود نیست، ولی اماره مثبت آثار و لوازم عقلی و عادی خود هست (به شرح شمارهٔ ۲۴۸).

---

۱ – **شرح لمعه**، شهید ثانی، ج ۲، ص ۹۸ در دو مورد

۲۴۸ - اصل مثبِت[1]

اصلِ مثبت حجّت نیست و به عبارت رساتر اصل نمی‌تواند مثبت آثار و لوازم عقلی احکام یا موضوعاتی که ثابت کرده است، باشد. برای مثال، هرگاه وجود غائب مفقودالاثر مورد شک و تردید باشد و وجود او را برای اثبات بقای زوجیت همسر او استصحاب کنند و زن او با مرد دیگری رابطهٔ نامشروع برقرار سازد، نمی‌توان با توسل به اصل استصحاب این عمل را رابطه داشتن با زن شوهردار تلقی کرد.

برای روشن شدن هرچه بیشتر این مطلب از این جهت بین امارات و اصول مقایسه‌ای می‌کنیم. فرض کنیم در مثال مذکور بر زنده بودن شوهری که سالیان دراز غائب شده دلیل قطعی داشته باشیم یا دو نفر شاهد عادل خبر دهند که هنوز زنده است (امارهٔ شرعی)، در این دو صورت رابطه نامشروع زن او و رابطهٔ نامشروع زن شوهردار خواهد بود. در حالی که اگر با استصحاب، بقای او را ثابت می‌کردیم، نمی‌توانستیم چنین استنباطی کنیم. بنابراین می‌گوئیم امارات مثبت آثار و لوازم عقلی خود هستند، ولی اصول مثبت آثار و لوازم عقلی خود نیستند.

مثال دیگر: اگر کسی را به استناد اصل برائت و به لحاظ فقد دلیل تبرئه کنند و مثلاً اتهام او را به سرقت ثابت ندانند، اِعمال این اصل وصف عدالت او را ثابت نمی‌کند تا در نتیجه بتوانیم شهادت او را به عنوان شهادت عادل بپذیریم.

مثال دیگر برای اصل مثبت[2] - هرگاه کسی مالی را بخرد و فوت کند و شک کنیم که ثمن معامله یکی از اقلام دارائی او بوده، یا مقداری شراب که مسلمان مالک آن نمی‌شود و در این صورت معامله باطل است؛ بیع او را می‌توانیم با استناد به اصل صحت صحیح بدانیم. ولی نمی‌توانیم بگوئیم یکی از اقلام دارائی او به ملکیت فروشنده، بابت ثمن، درآمده زیرا این امر با واسطه‌ای عقلی بوجود می‌آید بدین‌ترتیب که بگوئیم: در صورت شک در صحت و بطلان بیع اصل صحت را جاری می‌کنیم و چون از طرفی بیع را صحیح دانسته‌ایم و از طرفی دیگر مسلمان را مالک شراب نمی‌دانیم، نتیجه عقلی این استدلال این است که یکی از اقلام دارائی او ثمن باشد و به فروشنده منتقل شود. پس چون انتقال یکی از اقلام دارائی خریدار به فروشنده اثر

---

۱ - این بحث را می‌توان در کتاب **رسائل** شیخ انصاری، استصحاب، تنبیه ششم و کتاب **کفایة الاصول**، جلد دوم، استصحاب، تنبیه هفتم و **تقریرات نائینی - کاظمی**، جلد چهارم استصحاب تنبیه هشتم به تفصیل مطالعه و بررسی کرد.

۲ - **رسائل**، شیخ انصاری، قاعدهٔ صحت، ص ۴۲۲.

مستقیم اصل صحت نیست، بلکه لازمه عقلی صحت بیع او است، این اثر را نمی‌توانیم با اجرای اصل صحت ثابت بدانیم. البته این در صورتی است که قاعدهٔ صحت را اصل بدانیم نه اماره. (در این باره در شماره ۲۹۸ بحث شده است).

علت چیست؟ چرا اماره مثبت آثار و لوازم خود نیست؟ دلائل اصولیین در این زمینه متعدد و مختلف است. یکی از اصولیین متأخر[1] پس از رد ادلهٔ دیگران می‌نویسد که: تعبّد به ثبوتِ علت، مستلزم تعبد به ثبوت معلول است، ولی تعبّد به ثبوتِ معلول مستلزمِ تعبّد به ثبوتِ علت نیست. توضیح این دلیل آن است که اماره به حکم شرع و قانون (تعبّد) موضوعی را ثابت می‌کند که آن موضوع دارای آثار و احکامی است و می‌توان گفت موضوع علت است برای آثار و احکام و اینها معلول آن موضوع هستند. مثلاً امارهٔ فراش نسب را ثابت می‌کند و نسب دارای آثار و احکامی است. پس هرگاه به حکم شرع و قانون به ثبوت نسب معتقد شویم باید به ثبوت آثار و احکام آن هم معتقد شویم. این خاصیت در اماره وجود دارد. اماره علت را ثابت می‌کند، پس معلول را هم ثابت می‌کند. ولی اصل چنین نیست. اصل علت را ثابت نمی‌کند. موضوع را ثابت نمی‌کند. اصل غالباً حکم شرعی را، که نسبت به موضوع به منزلهٔ معلول است، ثابت می‌کند و چون نمی‌تواند موضوع را ثابت کند، آثار و خواص آن را هم نمی‌تواند ثابت کند. آنچه را اصل ثابت می‌کند فقط تکلیف متحیر و شاکّ است؛ مثلاً استصحاب بقای غایب مفقودالاثر بدان معنا نیست که او زنده است، بلکه بدین‌معناست که زنش نمی‌تواند شوهر کند. و چون زنده بودن او ثابت نمی‌شود، آثار و احکام آن هم ثابت نمی‌شود و این زن را نمی‌توان زن شوهردار دانست و آثار و احکام زن شوهردار را بر او روا داشت.

یکی دیگر از اصولیین[2] دراین باره می‌نویسد: معنای نشکستن یقین به شک و استصحاب حال سابق که اخبار و روایات حاکی از آن هستند، این است که فقط آثار و احکام شرعیِ یقین سابق باید اجرا شوند، نه آثار و احکام غیر شرعی آن. زیرا شرع می‌تواند احکامی را به نام خود جعل و وضع کند، ولی آثار عقلی و عادیِ موضوعات از قلمرو جعل شارع خارج است. اینها آثار وجود واقعی موضوعاتند، نه وجود جعلی و قراردادی آنها. مثلاً شرع می‌تواند بگوید اگر در بقای شخص غایب تردید باشد او را از حیث استحقاق ارث، از خویشان متوفای خود زنده فرض کنید. ولی نمی‌تواند سن او را هم تعیین کند و مدت غیبت او را به حساب مدت

---

۱ - **تقریرات نائینی، کاظمی**، جلد چهارم، استصحاب، صفحهٔ ۱۸۰، چاپ مؤسسهٔ نصر و کتابخانه صدر.

۲ - **رسائل**، شیخ انصاری، استصحاب، تنبیه ششم.

زنده بودنش بگذارد. پس اگر این امر اثر و حکمی داشته باشد، آن اثر و حکم را نمی‌توان ثابت کرد.

مثال دیگر: هرگاه دو نفر بر مالی ادعا داشته باشند (تداعی) و بدانیم یکی از آنها قبلاً مالک آن نبوده است، حال سابق دیگری معلوم نیست، و هیچ یک هم‌دلیلی بر اثبات عقیدهٔ خود ندارد، استصحاب عدم مالکیت اولی را از تصرف در آن مال ممنوع می‌سازد. ولی آیا این استصحاب مالکیت دیگری را هم می‌تواند ثابت کند؟ خیر. پس اصل مثبت آثار غیر شرعی خود نیست.

مثالهای زیر را برخی از اصولیین از باب اصل مثبت دانسته‌اند.[1]

---

۱ - الف : هرگاه مسلمانی دو فرزند غیرمسلمان داشته باشد، یکی از آنها در اول ماه مسلمان شود و دیگری در اواخر ماه و پدر در نیمهٔ ماه بمیرد، پس از چندی بین فرزندان بر سر ارث اختلاف افتد و (با توجه به اینکه وارث کافر از متوفای مسلمان ارث نمی‌برد) آنکه در اول ماه اسلام آورده است، مدعی می‌شود که پدر در نیمهٔ اول همان ماهی که آنها اسلام آورده‌اند، مرده است پس او وارث منحصر است و به دیگری ارث نمی‌رسد. چون آن دیگری در زمان مرگ پدر، مسلمان نبوده است و آن کسی که در اواخر ماه اسلام آورده است، مدعی می‌شود که پدر در نیمهٔ دوم ماه پس از اسلام هر دو مرده است و هر دو وارث اویند. خلاصه آنکه در تاریخ فوت پدر تردید است و استصحاب بقای پدر در زمان مورد شک آنها اصلی است که می‌توان اجرا کرد و در نتیجه هر دو، وارث خواهند بود. این نتیجه‌گیری وقتی درست است که اصل استصحاب بتواند فوت پدر را در زمان اسلام فرزند دیگر هم ثابت کند. و این امری است غیر شرعی و اثبات آن مستلزم حجّت دانستن اصل مثبت است.

توضیح آنکه در ارث بردن شرط است که متوفای مسلمان در زمان فوت، وارث مسلمان داشته باشد. استصحاب زنده بودن متوفا را تا زمان یقین به مرگش ادامه می‌دهد و اما این امر را که او در لحظه مردن وارث مسلمان داشته نمی‌تواند ثابت کند.

ب : هرگاه شخصی صدمه‌ای بدنی به دیگری بزند و او را مجروح کند و مصدوم پس از چندی بمیرد، اولیای او ادعا کنند که در اثر جرح مرده است و متهم ادعا کند که مصدوم سم خورده و مرده است در اینجا برخی از فقها گفته‌اند هر دو احتمال مساویند: این عقیده مستلزم حجت دانستن اصل مثبت است زیرا اصلی که به نفع متهم جاری است، اصل برائت از قتل است و اصلی که به نفع اولیای مصدوم جاری است، اصل عدم شرب سم است که با یک واسطه کامل خواهد شد و آن این است که عدم شرب سم ملازمه داشته باشد با مرگ در اثر جرح.

شیخ انصاری پس از نقل این مثالها و مثالهای دیگر می‌نویسد: آنچه از فقهای امامیه و غیر امامیه دانسته شده

ادامه پاورقی در صفحه بعد

۲۴۹ - دلیل، اماره و اصل در حقوق ایران

جلد سوم قانون مدنی ایران از مادهٔ ۱۲۵۷ تا مادهٔ ۱۳۳۵ در ادلهٔ اثبات دعویٰ است. فصل دهم قانون آئین دادرسی مدنی پیشین نیز از مادهٔ ۴۷۴ در رسیدگی به دلائل بود. امارات در مواد ۱۳۲۱ تا ۱۳۲۴ قانون مدنی، و اصل استصحاب در مادهٔ ۳۵۷ آئین دادرسی مدنی پیشین بیان شده است. ملاحظاتی در این باره بنظر رسیده که به شرح زیر است:

۱ - در این مواد دلیل در معنای عام شامل دلیل به معنای اخص، اماره و اصل بکار رفته است. چون در قانون مدنی تحت عنوان ادلهٔ اثبات دعویٰ امارات نیز ذکر شده و در آئین دادرسی مدنی از اصل برائت و استصحاب زیر سرفصل رسیدگی به دلائل بحث شده است.

۲ - دلیل، اماره و اصل در قانون مدنی و قانون آئین دادرسی مدنی اصولاً برای اثبات حق یا دعویٰ است و هریک از جهتی آنها را مورد بررسی قرار می‌دهد. حقوق مدنی از جهت

ادامه پاورقی از صفحه قبل

این است که اصل مثبت حجت نیست و این گونه مثالها مستند به دلیل خاص خود هستند. او در پایان اضافه می‌کند که گاهی واسطه بسیار ضعیف است، به‌طوری که عرف حکم آن را حکم مستصحب می‌داند (بدون واسطه). در این صورت اصل مثبت حجّت است. مثلاً هرگاه یوم‌الشک آخر رمضان را با اصل عدم، اول شوال ندانیم، فردای آن را عید فطر می‌دانیم و این اگرچه از مصادیق اصل مثبت است، ولی عرف معنای این اصل را همان شروع ماه شوال می‌داند نه معنای دیگر.

میرزای نائینی اصل مثبت را حجّت نمی‌داند هر چند واسطه ضعیف باشد، ولی مبنای دیگری را برای اثبات نمونه‌های یاد شده بیان می‌کند که به لحاظ رعایت اختصار از تشریح آن در می‌گذریم و می‌توان آن را در تقریرات ایشان مطالعه کرد.

ج : اثبات عنوان «اراضی خراجی» بودن برای زمینی که خراجی بودن آن معلوم نباشد به استناد اصل صحت حمل فعل مسلم بر صحت. چنین استدلالی مورد قبول شیخ انصاری نیست و عبارت او چنین است: «**مَعَ اَنَّ اَصالَةَ الصَّحَةِ لاتُثبتُ الموضوعَ وَ هُوَکونُ الارضِ خَراجیةِ**».

توضیح: برای اینکه زمینی خراجی باشد، یعنی ملکی باشد که حکومت اسلامی از آن خراج و مالیات بگیرد، باید دارای سه ویژگی باشد: یکم اینکه فتح شده باشد یا به زور یا به صلح. دوم آنکه در اثر جهاد با إذن امام باشد. سوم آنکه به هنگام فتح آباد بوده باشد. عنوان خراجی بودن نیز باید به طرق شرعی به اثبات برسد، مثلاً با بینه شرعی ثابت شود. امّا با حمل فعل مسلم بر صحت، اگرچه تصرفاتی که در آن زمین شده باشد حرام شمرده نشود ولی عنوان خراجی بودن آن زمین را نمی‌توان ثابت کرد.

ارزشی که دلیل به حق می‌بخشد. چه، تا حقی ثابت نشود نمی‌تواند مورد حمایت قانونی قرار گیرد. آئین دادرسی مدنی از حیث شکل و کیفیت ارائه و اظهار و اعمال دلیل بحث می‌کند. ولی در علم اصول دلیل برای استنباط احکام است و از قلمرو هر دو خارج می‌باشد. به‌طور خلاصه دلیل اثبات حق یا دعوا از موضوعات قانون مدنی و آئین دادرسی مدنی است و دلیل استنباط احکام موضوع علم اصول است[1] و این معنا اعم است از اینکه حکم تکلیفی باشد یا حکم وضعی و در اینجا است که دلیل اصولی به دلیل در اصطلاح حقوق مدنی نزدیک می‌شود.

۲۵۰ - حجیّت اماره

اصولیین حجیّت اماره را مبتنی بر حجیّت ظن دانسته‌اند و به مناسبت آن از حجیّت قطع نیز بحث کرده‌اند. خلاصهٔ مطلب این است که قطع ذاتاً حجّت است. ظن ذاتاً حجّت نیست، ولی بالعرض و به سبب جعل شارع حجّت شناخته شده و شک نمی‌تواند حجّت باشد. گفتگوی از قطع و شک را به لحاظ اختصار آن بر بحث ظن مقدم می‌داریم:

قطع ذاتاً حجت است - قطع آئینهٔ تمام نمای واقع است. ذاتاً طریق به واقع و راه حقیقت است و پیروی از آن به حکم عقل لازم و ضروری است. شرع نمی‌تواند قطع را حجّت بشناسد یا نشاسد، زیرا ذاتی نفیاً و اثباتاً قابل جعل نیست. و این است معنای کلام مختصر و مفید شیخ انصاری در آغاز رسائل که می‌نویسد: «***لااشکالَ فی‌وجوبِ متابعةِ القطعِ و العملِ علیه ما دامَ موجوداً لانّه بِنَفْسِهِ طریقٌ الیٰ الواقع و لیسَ حُجِّیتُهُ قابلةً لِجعْل الشارع اثباتاً و نفیاً***».

علم و قطع و یقینی که طریق شناخت حکم یا موضوعی باشد حجت است به هر نحو و از هر راه که حاصل شود.

اصولیین در اینجا مسائلی را مطرح کرده‌اند که تنها به عناوین آنها اشاره می‌شود:

۱ - *انقیاد و تجرّی*. آیا انجام کاری که واجب نیست به تصور اینکه واجب است ثواب دارد؟ و آیا انجام کاری که حرام نیست به تصور اینکه حرام است گناه دارد؟ در ثواب انقیاد اختلافی نیست ولی در گناه تجری اختلاف است. شیخ انصاری (ره) معتقد به حرمت آن (تجری) نمی‌باشد.

۲ - ***قطع طریقی و قطع موضوعی یا سببی***.

۳ - ***وجوب التزام قلبی و عدم آن***.

---

۱ - **حقوق مدنی** مرحوم دکتر امامی، مقدمهٔ جلد ششم، ص ۱ تا ۴.

۴ - *حجیّت قطع قطّاع و عدم آن.*

۵ - *حجیّت علم اجمالی و عدم آن.*

شرح این مسائل از برنامه درسی کلاس خارج است و از این روی علاقه‌مندان را به منابع و مآخذ آنها[۱] رهنمون می‌شود.

۲۵۰/۱ - علم عادی، اطمینان، ظنّ متاخم به علم

آنچه گفته شد مربوط به علم و قطع حقیقی است ولی علم عادی و قطع عرفی که آن را «اطمینان» و «ظنّ متاخم به علم» نیز می‌گویند قابل جعل است. و این همان است که در آراء و عقاید علمی، حقوقی، فلسفی و مانند آنها بوجود می‌آید که، جز در مواردی که بدیهی است، احتمال خلاف هم در آن می‌رود.آیا چنین علمی را شارع حجت دانسته است؟ برخی از اصولیین متأخر[۲] اشاره‌ای دارند که: شارع چنین علمی را نیز حجت شناخته است، جز در مواردی که در آنها علم و قطع حقیقی را لازم دانسته مانند طهارت و نجاست.

۲۵۰/۲ - شک نمی‌تواند حجّت باشد

شک حجّت نیست و نمی‌تواند حجت شناخته شود، به علت اینکه به هیچ‌وجه کشف از واقع نمی‌کند و نیز به همین جهت معقول نیست که شارع آن را حجّت بشناسد. احکامی که در شرع بر شک وارد شده و برای مورد مشکوک حکم تعیین گردیده حکم واقعی شرعی نیست، بلکه حکم ظاهری است که آن را واقعی ثانوی می‌نامند.[۳] دربارهٔ این اصطلاح در مبحث برائت بحث خواهد شد.

۲۵۰/۳ - اصل عدم حجّت ظنّ است

ظنّ ذاتاً حجّت نیست ولی قابلیت آن را دارد که حجّت شناخته شود: در شرع هم علی‌القاعده حجت شناخته نشده ولی مواردی وجود دارد که استثنائاً حجت شناخته شده است.

---

۱ - **رسائل** شیخ انصاری، و حواشی متعدد آن. مبحث اول **کفایة الاصول** آخوند خراسانی، جلد دوم، چاپ طاهر، از صفحهٔ ۵ به بعد و **تقریرات نائینی**، جلد دوم، از صفحه ۳ به بعد.

۲ - **انوار الاصول**، آیة الله مکارم شیرازی، ج ۲، ص ۲۲۶ و ۲۳۳ و ۲۶۸.

۳ - **رسائل**، شیخ انصاری، مقصد سوم، صفحهٔ ۳۳۲.

ظن ذاتاً حجت نیست. چون فرض این است که تاب و توان آن را ندارد که واقع را بنمایاند و حقیقت را نشان دهد. ولی از آنجاکه ناظر به واقع است و احتمالی است راجح و قوی قابلیت آن را دارد[۱] که شارع احتمال خلاف آن را نادیده بگیرد، آن را به جای قطع فرض کند و حجتش بداند. اما این مسأله‌ای است که باید اثبات شود. یعنی باید قطعاً و یقیناً معلوم شود که شرع در موردی ظن را حجّت شناخته است. در غیر این صورت اصل عدم حجیّت آن است.

ظن معتبر و ظن غیر معتبر

شیاع و بینه برای شناختن قاضیِ منصوب از طرف امام (ع) موجب ظن معتبر است و حجت می‌باشند. ولی گواهی یک نفر عادل، گفته خود شخص قاضی، دستخط از طرف امام هرچند موجب ظن باشند حجت نیستند. چون دلیلی از طرف شرع بر حجیت و اعتبار آنها نرسیده[۲].

حکم ظن غیرمعتبر- ظنّ غیرمعتبر حجت نیست. پس باید از آن صرفنظر کرده، آن را مانند شک فرض کنیم و به یکی از اصول عملیه روی آوریم.

۲۵۰/۴ -کیفیت حجیت اماره

در این کتاب بارها اصطلاح «حجیت» بکار برده شده و معنای آن را می‌دانیم. باز تکرار می‌شود که: حجیت در اصطلاح علم اصول فقه یعنی معتبر دانستن، ارزش دادن و به بیانی روشنتر یعنی دلیل دانستن چیزی. مثلاً وقتی می‌گوئیم خبر واحد حجت است یعنی شارع آن را دلیل اثبات احکام شناخته است.

حجیت اماره نیز به همین معنا است ولی در کیفیت و چگونگی آن اختلاف‌نظر است و می‌توان این بحث را در کتاب‌های مفصل اصولی[۳] خواند. اجمالاً می‌گوئیم معنای حجیت اماره این است که شارع مقدس مفاد اماره را «حکم مماثل» حکم واقعی می‌داند. یعنی اگر ما مالکیت کسی را برچیزی بطور قطعی ندانیم، ولی به استناد امارهٔ تصرف یا با گواهی گواهان او را مالک

---

۱ - بعضی معتقدند که محال است شارع ظن را حجّت بداند. رجوع شود به مقصد دوم از **رسائل** شیخ انصاری، صفحهٔ ۲۸ به بعد، چاپ تبریزی.

۲ - **شرح لمعه**، شهید ثانی، کتاب قضاء، صفحهٔ ۲۰۴.

۳ - **انوار الاصول**، آیة الله مکارم شیرازی، ج۳، ص ۳۷۰.

بشناسیم این اماره حکمی را مانند حکم واقعی قطعی بوجود می‌آورد.

حجیت اماره جنبهٔ طریقیت دارد نه جنبهٔ موضوعیت. نکتهٔ مهمتر در حجیت اماره این است که اگر قانون یا شرع چیزی را اماره و حجت می‌داند به خاطر رسیدن به واقع است نه اینکه مفاد آن ارزش و اعتبار حقیقی می‌یابد. بدین‌جهت خلاف مفاد اماره قابل اثبات است. اگر مفاد اماره که طریق به واقع است ما را به واقع برساند به مطلوب رسیده‌ایم وگرنه معذور خواهیم بود و گناهی نکرده‌ایم.

۲۵۱ - دلائل عدم حجیَّت ظن

اصل این است که ظن حجت نیست به دلائل زیر:

۱ - از آیات قرآنی به آیهٔ شریفه «*قُل اَللّٰهُ اَذِنَ لَکُمْ اَمْ عَلَیَ اللّٰهِ تَفْتَرُونَ*»(۱) اکتفا می‌شود.

در این آیه آنچه به خدا استناد داده می‌شود به دو صورت منحصر گردیده: یکی با داشتن إذن و اجازه از طرف اوست و دیگری بدون داشتن إذن و اجازه. دومی افترا نامیده شده و حرام است و بنابراین باید آنچه به خدا نسبت داده می‌شود مسلم و به طریق قطع و یقین باشد و هرچه بدین‌گونه نباشد یا واقعاً افتراست و یا در حکم افترا.(۲)

۲ - حدیث مربوط به حکم قضاوت نیز بر این مطلب دلالت می‌کند. آن حدیث چنین است: «***قالَ: اَلْقُضاةُ اَرْبَعةٌ، ثَلاثَةٌ فِی النّارِ وَ واحِدٌ فی الْجَنَّةِ: رَجُلٌ قَضیٰ بِالجَوْرِ وَ هُوَ یَعْلَمُ فَهُوَ فی النّارِ وَ رَجُلٌ قَضیٰ بِالجَوْرِ وَ هُوَ لایَعْلَمُ فَهو فِي النّارِ وَ رَجُلٌ قَضیٰ بِالْحَقِّ وَ هُوَ لایَعْلَمُ فَهُوَ فی النّارِ وَ رَجُلٌ قَضی بِالْحَقِ وَ هُوَ یَعلَمُ فَهو فی الْجَنَّةِ***».(۳) یعنی: قضات بر چهارگونه‌اند، سه تای آنها در دوزخ و یکی در بهشت است: آن‌کس که به ناحق حکم کند و بداند، در آتش است. آن‌کس که به ناحق حکم کند و نداند، در آتش است. آن‌کس که به حق حکم کند و نداند، در آتش است. آن‌کس که به حق حکم کند و بداند، در بهشت است.

۳ - اجماع - فرید بهبهانی می‌گوید حرمت عمل به غیر علم نزد عوام بدیهی است تا چه رسد به خواص دانشمندان.

---

۱ - سورهٔ یونس آیهٔ ۵۹.

۲ - **تقریرات نائینی**، تألیف کاظمی، صفحه ۶۹.

۳ - **رسائل** شیخ انصاری، صفحهٔ ۷۷ و ۸۳. متن حدیث از **فروع کافی**، صفحهٔ ۳۷۵، جلد دوم، نقل شده است.

۴ – عقل نیز حاکم است که تا چیزی را به درستی ندانیم نمی‌توان آن را به دیدهٔ حتم و الزام نگریست.

و خلاصه به دلائل بالا و بسیاری دلائل دیگر مسلم است که اصل حرمت عمل به ظنّ است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود.

۲۵۲ – معنا و صور گوناگون عمل به ظن

شیخ انصاری در رسائل[1] برای عمل به ظن صوری چند تصور و برای هریک حکمی خاص بیان کرده است که به اختصار از آنها یاد می‌شود.

۱ – عمل به ظن به معنای التزام و تدین به آن. به این نحو که آنچه را به‌طور ظنی می‌دانیم که شرع واجب یا حرام کرده، قلباً ملتزم و متدین به آن شویم و معتقد گردیم که حکم شرع است. چنین تعهد و تدین و التزامی نادرست است. چه، در هر مورد مظنون فرض این است که خلاف آن هم محتمل است و با این احتمال نمی‌توان اعتقاد قلبی پیدا کرد که آنچه گمان برده‌ایم، حکم شرع است. این همان است که قرآن آن را افترا یا در حکم افترا شمرده و حدیث نیز آن را قضاوت بدون علم و موجب مجازات اخروی دانسته و در شمارهٔ پیش به آن اشاره شد. بنابراین عمل به ظن به این معنا حرام است. مثلاً هرگاه با بررسی اخبار ضعیفی که در مورد بیع کالی به کالی رسیده ظنّ به صحت و درستی آن پیدا شود، حرام است که آن را حکم شرع بدانیم.

۲ – بکار بستن ظنّ و گمان بدون اعتقاد به اینکه آن حکم شرع است و بدون انتساب آن به شارع و این خود بر دو نوع است:

الف – عمل به ظن برخلاف تکلیف ظاهری (یعنی برخلاف مفاد اصول عملی) باشد. مثل اینکه در مورد عمل به اصل استصحابِ بقای غائب مفقودالاثر، ظنی برخلاف آن داشته باشیم و به آن ظنّ عمل کنیم.

ب ـ عمل به ظن، مخالف هیچ نوع تکلیفی نباشد، مثل اینکه در شبههٔ وجوبی و تحریمی به یک طرف ظن داشته باشیم و آن را بکار بندیم.

صورت اول حرام و صورت دوم جائز است.

۳ – عمل به ظن با امید رسیدن به واقع و بدون انتساب آن به شرع. یعنی «عمل به احتیاط». چنین عملی نه تنها حرام نیست بلکه پسندیده هم هست.

---

۱ – **رسائل** شیخ انصاری، چاپ تبریزی، صفحه ۷۷ و ۸۳.

شیخ انصاری معنای واقعی عمل به ظن را صورت اول دانسته و آن را حرام می‌داند. صاحب کفایه صحت اعتقاد و انتساب را از آثار حجیَّت ظن نمی‌داند و دراین‌باره بحثی دارد که می‌توان آن را در کفایه مطالعه کرد.[۱]

۲۵۳ - *استثنائات اصل عدم حجیَّت ظن*

پیشتر (در شمارهٔ ۱۵۳) دربارهٔ اقسام ظن سخنی کوتاه داشتیم و گفته شد که ظن از جهتی بر دو گونه است: ظن خاص و ظن مطلق. ظن خاص آن است که دلیلی خاص بر حجت بودن آن رسیده باشد و ظن مطلق آن است که در صورت تمام بودن مقدمات انسداد باب علم و علمی حجت باشد (به شمارهٔ ۲۵۹ توجه شود). بنابراین از اصل عدم حجیَّت ظن این دو دسته از ظنون خارج می‌شوند. به بیانی روشن‌تر موارد زیر از این اصل استثنا شده‌اند:

۱ - حجیَّت امارات که به برخی از آنها در شماره ۲۴۶ ب اشاره شد و در اینجا نیز از حجیَّت ظواهر و حجیَّت قول لغوی گفتگو می‌کنیم.

۲ - حجیَّت اجماع منقول.

۳ - حجیَّت شهرت فتوائی.

۴ - حجیَّت خبر واحد.

(این چهار مورد را ظن خاص نامند).

۵ - حجیَّت ظن مطلق از باب انسداد (به شماره ۲۵۹ مراجعه شود).

در ضمن باید دانست که حتیٰ اگر ظن مطلق حجت باشد، ظن حاصل از قیاس مستنبط العله نزد امامیه حجت نمی‌باشد.

از اجماع، خبر واحد و قیاس پیشتر گفتگو کرده‌ایم و ذیلاً به بحث حجیَّت ظواهر، حجیّت قول لغوی و حجیَّت شهرت فتوائی می‌پردازیم.

۲۵۴ - *حجیَّت ظواهر الفاظ*

گفته شد (شماره ۲۵۰) که اصلْ عدم حجیَّت ظن است مگر اینکه خلافش ثابت شود. و گفته شد (شماره ۱۳۵) که دلالت الفاظ بر معنا گاهی نصّ است، گاهی ظاهر و گاهی مجمل. نصّ قطعی و حجت است، مجمل مشکوک است و حجت نیست و ظاهر فقط مفید ظن است. پس

---

۱ - **کفایة الاصول**، آخوند خراسانی، جلد دوم، صفحهٔ ۵۵ به بعد.

نتیجه چنین می‌شود که ظاهر حجت نیست جز اینکه خلافش ثابت شود. اکنون باید دید خلاف این اصل و قاعده ثابت شده یا نه؟ دلیلی بر حجت بودن ظاهر الفاظ داریم یا خیر؟ مطالب مربوط به این موضوع را می‌توان تحت عناوین زیر مورد بررسی قرارداد.

ظاهر چیست؟

ظاهر حجت است یا خیر؟

آیا بین انواع ظواهر فرق است ؟

ظاهر چیست؟ به طوری که در فصل مجمل و مبیّن گذشت، ظاهر، کلمه یا کلامی است که دلالت آن برمعنا و مقصود ظنی باشد و اصطلاحات مقابل آن عبارتند از: نصّ، مجمل و مأول. آنچه در مباحث الفاظ گفته شد همه برای تعیین ظواهر کلمات یا جملات بود. مثلاً در بحث حقیقت و مجاز، حقیقت شرعی و عرفی و بحث وضع الفاظ می‌خواستیم معنای حقیقی کلمات را بشناسیم و به این نتیجه رسیدیم که لفظ، ظاهر در معنای حقیقی است و آن را به صورت یک قاعده بیان کردیم که اصل در استعمال حقیقت است (شمارهٔ ۴۱). در بحث اوامربه این نتیجه رسیدیم که امر حقیقت در وجوب است. در مبحث نواهی نتیجه گرفتیم که نهی حقیقت در حرمت است. و نیز خواندیم که عام حقیقت در عموم و مطلق حقیقت در اطلاق است. همچنین در بحث مفهوم و منطوق دیدیم که چه کلمات و جملاتی مفهوم دارند. اینها و جز اینها از مبحث الفاظ، همه موضوع این بحث را روشن می‌کنند که ظاهر چیست؟ اکنون، در اینجا می‌خواهیم بدانیم که آیا ظاهر الفاظ حجتّند یا نه؟ و چرا؟

ظاهر الفاظ حجّت است ـ این حکم مسأله است و می‌خواهیم بدانیم چه دلیلی وجود دارد بر اینکه ظواهر الفاظ، برخلاف اصل عدم حجیّت ظن، حجّت باشند؟

بعضی‌ها مسأله را مبتنی بر اصل عدم قرینه می‌دانند و می‌گویند که ظاهر الفاظ حجّت است زیرا عدم حجیّت آن به واسطهٔ احتمال قرینهٔ خلاف آن است، در حالی که اصل عدم قرینه است.[1]

برخی از اصولیین دلیل بر حجیّت این اصل را بنای عقلا می‌دانند. منظور از بنای عقلا در اینجا این است که مردم در زندگی روزمرهٔ خود گفته‌های یکدیگر را حجّت می‌دانند و به آنچه از الفاظ و گفته‌های یکدیگر می‌فهمند عمل می‌کنند و احتمال خلاف آن را ملغیٰ می‌دانند و اگر جز

---

۱ - شیخ انصاری پس از طرح مسأله می‌نویسد... **لاٰ اِشْكاٰلَ فيهِ وَ لاٰ خَلاٰفَ لِاَنَّ الْمَفْرُوض كَوْنُ تِلْكَ الْاُمُور عِنْدَ اَهْلَ اللِّساٰنِ فى مُحاٰوِراٰتِهِم...** رسائل، صفحهٔ ۶۰.

این می‌بود نظم زندگیشان بهم می‌ریخت.[۱]

برخی دیگر از اصولیین در عین‌حال که حجیّت این اصل را قبول دارند، می‌گویند اصالت الظهور خود اصلی مستقل است و نیازی به اصل عدم قرنیه ندارد، جز در مواردی که احتمال خلاف ظاهر با کمک قرینه وجود داشته باشد.[۲]

برخی دیگر حجیّت آنها را تعبدی دانسته‌اند. دستهٔ دیگر حجیّت آنها را به واسطهٔ ایجاد ظن نوعی تصور کرده‌اند.

محققان اصول مبنای آن را ظن و تعبد نمی‌دانند، بلکه فهم عرفی و بنای عقلا را علّت آن می‌دانند. اینان معتقدند که عرف برای بکار بستن الفاظ توجهی به ظن حاصل از آن و یا تعبد به آن نمی‌کند. حتّیٰ اگر ظنی غیر معتبر بر خلاف ظاهر لفظی وجود داشته باشد به ظاهر لفظ عمل می‌کنند. چنانکه در صورت تعارض ظاهر قرآن یا سنّت با ظن حاصل از شهرت فتوائی ظاهر قرآن یا سنت را حجت می‌دانند. این مبنا را به وضوح می‌توان در رسائل شیخ انصاری، کفایهٔ آخوند خراسانی و تقریرات میرزای نائینی[۳] ملاحظه کرد.

برای بهتر فهمیدن بنای عقلا و مقایسهٔ آن با دلیل عقلی و عرف به شمارهٔ ۲۰۰/۱ مراجعه شود.

آیا بین انواع ظواهر فرق است؟ منظور این است که از حیث حجیّت بین ظواهر الفاظ فرق است یا نه؟ در اینجا دو تفصیل است: یکی اینکه برخی از علمای اخباری، با اینکه ظاهر الفاظ را حجت می‌دانند، ولی ظاهر قرآن را حجت نمی‌دانند. دوم تفصیلی است که بعضی از علمای اصولی بین کسانی که می‌خواهند ظاهر لفظی را بکار بندند قائل شده‌اند. بدین خلاصه که باید بین آنها که طرف صحبتند و روی سخن با آنها است (***مَنْ قُصِدَ اِفهامُهم***) و بین آنها که طرف صحبت نیستند فرق گذاشت. مختصری از این مطالب در فصل مربوط به حجیّت قرآن (شماره

---

۱ - شیخ انصاری پس از طرح مسأله می‌نویسد... **لا اِشْکالَ فیهِ وَ لا خِلافَ لِاَنَّ الْمَفْرُوض کوْنُ تِلْکَ الْاُمُور عِنْدَ اَهْلِ اللِّسانِ فی مُحاوِراتِهِم...** رسائل، صفحهٔ ۶۰.

۲ - **حاشیهٔ آخوند بر رسائل شیخ** در بحث حجیّت امارات، صفحهٔ ۴۳.

۳ - عبارت رسائل اندکی پیش نقل شد. صاحب کفایه در این مقام چنین می‌نویسد... **لِاسْتِقْرارِ طَرِیقَةِ العُقَلاءِ علیٰ اِتِّباعِ الظُّهوراتِ فی تِعیِینِ...کفایه‌الاصول**، جلد دوم، چاپ طاهر، صفحهٔ ۵۸. میرازی نائینی در این بحث چنین می‌نویسد: **لا اِشْکالَ فی اَنَّ بِناءَ العُقَلاءِ عَلی ذٰلِکَ فی‌الجُمْلَةِ بَلْ عَلَیْهِ یَدُورُ رُحیٰ نِظامهمُ... تقریرات نائینی**، تألیف کاظمی، بحث حجیت ظواهر، صفحه ۷۸.

۱۵۳) گذشت. ولی محققان متأخر برآنند که ظاهر الفاظ حجت است و بین انواع ظواهر از این حیث تفاوتی قائل نیستند و مبنای آن را فهم عرفی و بنای عقلا می‌دانند. به ویژه آنکه این مبنا مورد ردع شارع هم قرار نگرفته است .

۲۵۵ - *حجیّت قول لغوی*

یکی دیگر از اماراتی که حجیّت آن مورد بحث و گفتگو است، قول لغوی در مسائل مربوط به الفاظ است. قول لغوی یعنی عقاید علمای لغت و واژه‌شناسان در آن مسائل. برای روشن شدن مطلب بهتر است آن را به صورت زیر بررسی کنیم :

آیا عقیدهٔ علمای لغت در بیان معانی کلمات حجت است؟ کلماتی مانند ضرر، ضرار، حرج، صعید، وطن، تمر، فاکهه، کنز، معدن و غوص، که در احکام فقهی آمده‌اند و موضوع احکام فقهی می‌باشند.

و مبنای حجیّت آن چیست؟ از باب شهادت است یا کارشناسی؟

در پاسخ اولین پرسش می‌گوئیم مسأله دو فرض دارد: یکی اینکه عقیدهٔ علمای لغت منشاءِ حصول قطع و یقین شود بدیهی است عقیدهٔ آنان در این فرض مورد قبول است. زیرا قطع حجت است به هر طریق که بدست آید و منشاءِ قطع هرچه باشد فرق نمی‌کند. به این مطلب پیشتر در مبحث حجیت قطع نیز اشاره شده است. فرض دوم اینکه عقیدهٔ آنان موجب قطع و یقین نشده و فقط ظنی ایجاد کند. در این فرض اختلاف است. مشهور این است که این نیز حجت است.[1] براین عقیده چند استدلال شده که مهم‌ترین آنها اجماع و بنای عقلا است. ولی عقیدهٔ مشهور و استدلالات آنها از طرف اصولیین متأخر مورد انتقاد و ایراد قرار گرفته است و راه حل قضیه را باید در مبنای حجیت دانست و این سؤال دوم است که ذیلاً بدان پاسخ می‌دهیم:

مبنای حجیت قول لغوی، شهادت است یا کارشناسی؟

منظور از این سؤال این است که آیا عقیدهٔ علمای لغت را از این جهت می‌پذیرند که در لغت اهل خبره‌اند و به عنوان کارشناس آنها را می‌شناسند یا به عنوان شاهد و گواه؟ در جواب باید گفت به‌طوری که از گفتهٔ بعض علما[2] فهمیده می‌شود اینان را به عنوان کارشناس می‌شناسند و براین عقیده ادعای اتفاق تمام عقلا در هر عصر و زمان شده است .

---

۱ - **رسائل**، شیخ انصاری، صفحهٔ ۱۱۱ به بعد و جلد دوم، **کفایة الاصول**، آخوند خراسانی، صفحهٔ ۶۶ به بعد.

۲ - سید مرتضی و فاضل سبزواری به نقل از رسائل صفحهٔ ۱۲۰ چاپ تبریزی.

ولی برخی محققان اصول بر این استدلال ایراد گرفته‌اند. اتفاق بر آن را در صورتی موجود می‌دانند که واجد شرائط اعتبار شهادت باشند. شرائطی مانند اسلام، عدالت و تعدد.. و مواردی را که واجد شرائط شهادت نیست، یا از باب حصول قطع و یقین دانسته‌اند یا از مسائل غیر فقهی؛ مثل تفسیر خطبه‌ای یا روایاتی که منشاءِ حکم شرعی نیستند. این عقیدهٔ شیخ مرتضی انصاری است. ولی صاحب کفایه و میرزای نائینی با این عقیده موافق نیستند و نظرات لغوی‌ها را در صورتی که موجب یقین نباشد و تنها ظنی بوجود آورد حجت نمی‌دانند. از آوردن استدلال‌های آنان برای رعایت اختصار خودداری می‌شود، علاقه‌مندان می‌توانند به مآخذ زیر(۱) مراجعه کنند.

۲۵۶ -کارشناسی و گواهی

سخن به کارشناسی و گواهی کشیده شد. این دو اصطلاح در دروس دیگر دانشکده هم بکار می‌روند. فرق این دو چیست و مبنای اعتبار و حجیت هر یک کدام است ؟

رجوع به کارشناسی یا رجوع به اهل خبره به معنای کسب نظر و عقیده صاحب نظری یا صاحب‌نظران است در مسائل نظری، در مواردی که نظریه‌ای علمی لازم باشد. مثل اینکه در دعوایی که اختلال به نظم عمومی مطرح است نظر استادی از استادان حقوق را استفسار کنند که نظم عمومی چیست و به نظر او آیا قرارداد مستند دعوا برخلاف نظم عمومی است یا خیر؟ یا بیماری به پزشک می‌رود تا نظر او را دربارهٔ بیماری خود بداند یا به فضلای حوزه علمیه مراجعه و از آنها بپرسند که مرجع تقلید یا اعلم زمان در فقه و اصول کیست؟

گواهی خواستن یا شهادت خواستن از کسی(استشهاد) این است که از او آنچه را به چشم دیده یا به گوش شنیده بخواهند. مانند اینکه از کسی که تصادفی را دیده بخواهند آنچه را دیده بگوید. یا شخصی وصیتی شفاهی کرده و مرده است، حال از دیگری که آن وصیت را شنیده بپرسند که چه شنیده است.

اعتبار و ارزش حقوقی شهادت را حقوق اسلام با نام «بینه شرعیه» شناخته و شرائط و آثار و احکام خاصی دارد و جای مطالعه آن کتب فقهی است.

اجمالاً به جز در موارد خاص، بینه باید مسلمان، عادل و دو مرد باشد، حجیت بینه مبتنی بر حصول قطع و یقین نیست، دلیل خاص دارد و آن را ظن خاص می‌نامند.

---

۱ - **تقریرات**، میرزای نائینی - کاظمی، صفحهٔ ۸۲ - ۸۵ در حجت ظن و **کفایة الاصول**، آخوند خراسانی، جلد دوم، صفحه ۶۷.

اعتبار و حجیتِ کارشناسی مبتنی بر حصول وثوق و اطمینان به نظریهٔ علمی ابراز شده است و شرائط خاصی ندارد: مرد بودن، عادل بودن و حتی مسلمان بودن شرط آن نیست. مگر اینکه وثوق و اطمینان حاصل نشود که در آن صورت به کارشناس یا کارشناسان دیگر مراجعه خواهد شد.

باید دانست که در جائی که قطع و یقین بدست نیاید وثوق و اطمینان حجت است. استثنائاً در موردی که قاضی بخواهد به استناد کارشناسی حکم دهد، (نه به استناد وثوق و اطمینان حاصل از نظریه آنها) ازنظر حقوق اسلام باید کارشناسان مسلمان و عادل اظهارنظر کرده باشند. زیرا قضاوت اسلامی باید براساس دلائل شرعی باشد و این قاعده از گفتار پیامبر اکرم (ص) گرفته شده: «اِنّما اَقضِی بَینَکُم بِالْاَیمانِ والْبَیِّناتِ» یعنی تنها به استناد سوگند و بینه میان شما قضاوت می‌کنم.

با توجّه به آنچه گفته شد، کارشناسی‌ای که موجب حصول اطمینان نشود حجّت نیست و اعتبار و ارزش حقوقی ندارد. همان‌طوری که در میان مردم هم، ارزش نظر یک پزشک یا متخصص دیگر متناسب است بااندازهٔ اطمینانی که برای بیمار یا ارباب رجوعش به بار می‌آورد.

۲۵۷ - حجّیّت شهرت

یکی از اماراتی که در مبحث حجّیّت ظن مورد بحث قرار گرفته شهرت فتوائی است. پیش از ورود در این مبحث لازم بنظر می‌رسد اقسام شهرت توضیح و شهرت فتوائی تعریف شود:

اقسام شهرت - شهرت بر سه قسم است:

شهرت فتوائی، شهرت روایتی و شهرت عملی.

شهرت فتوائی عبارت است از اینکه بیشتر صاحب‌نظران و فقها در مسأله‌ای بدون استناد به روایتی، یکسان فتوا داده باشند، خواه در آن مسأله روایتی وجود نداشته یا وجود باشد ولی بدان استناد نشده باشد، حتّیٰ باوجود روایت بر خلاف آن. ممکن است شهرت فتوائی به استناد روایت یا روایات حاصل شود. در این صورت بحث مربوط می‌شود به حجیت روایت نه به حجیت شهرت.

شهرت روایتی عبارت است از اینکه روایتی را بیشتر راویان حدیث نقل کرده باشند و آن روایت در بیشتر کتب حدیث، که پیش از کتب اربعه: ***تهذیب، استبصار، کافی و من لا یحضره الفقیه*** نوشته شده، وجود داشته باشد.

شهرت عملی عبارت است از بکار گرفتن حدیثی به‌طور مشهور در مقام فتوا دادن.

حجیَّت شهرت ـ شهرت عملی اگر بین قدمای اصحاب بوده به نحوی که به زمان معصوم (علیه‌السَّلام) رسیده باشد حجت است، زیرا خود نوعی تقریر است. ولی شهرت عملی بین متأخرین حجت نیست.

شهرت روایتی حجت است. بدین‌معنا که می‌تواند ضعف سند خبر را جبران کند، و به هنگام تعارض دو خبر موجب ترجیح یکی از آنها بر دیگری شود.

حجیَّت شهرت فتوائی مورد اختلاف است و در آن چهار عقیده وجود دارد:[۱]

۱ – حجیَّت، این قول را شهید اول در کتاب *ذِکریٰ* پذیرفته و عده‌ای نیز آن را تأیید کرده‌اند.

۲ – عدم حجیَّت، و این قول مشهور اصولیین است.

۳ – تفصیل بین شهرتی که پیش از شیخ طوسی بوجود آمده و بعد از او، بدین‌نحو که دستهٔ اول را حجت می‌دانند و دستهٔ دوم را حجت نمی‌دانند. این قول را صاحب معالم پذیرفته است.

۴ – تفصیل بین شهرت موافق خبر واحد اعم از اینکه از طریق شیعه یا سنی روایت شده باشد و بین شهرتی که خبری در تأیید آن موجود نباشد. نوع اول را حجت می‌دانند و نوع دوم را حجت نمی‌دانند این قول صاحب ریاض است.

مشهور اصولیین شهرت فتوائی را مطلقاً، حجت ندانسته و ادله‌ای را که دیگران برای حجیت شهرت به‌طور مطلق یا بطور تفصیل آورده‌اند رد کرده‌اند و می‌توان آنها را در کتب مفصل اصولی مطالعه کرد.

۲۵۸ - بحث شهرت و حقوق موضوعه

آیا می‌توان بحث حجیت یا عدم حجیت شهرت را در حقوق موضوعه نیز مفید دانست؟ آیا نمونه‌ای از شهرت را در حقوق موضوعه داریم یا نه؟ شهرت روایتی و عملی در حقوق موضوعه وجود ندارد ولی بنظر می‌رسد می‌توان برای شهرت فتوائی نمونه‌ای در حقوق موضوعه پیدا کرد: می‌دانیم آراءِ دادگاه‌ها تا هنگامی که به صورت رویهٔ قضائی مشمول قانون وحدت رویهٔ قضائی در نیامده باشد، برای دادگاههای دیگر لازم الاتباع نیست. ولی آیا عملاً هم از آن پیروی نمی‌شود؟ آیا اگر در تفسیر ماده‌ای اختلاف باشد و بیشتر دادگاه‌ها نظر خاصی

---

۱ – **فصول فی الاصول،** شیخ محمد حسین‌بن عبدالرحیم، ج ۲، بدون شماره صفحه، بحث شهرت، چاپ سنگی، تهران ۱۲۸۶

داشته باشند، در مسائلی که بعداً رخ می‌دهد نظریه و رویهٔ اکثریت عملاً متبع نخواهد بود؟ اگر در تفسیر ماده‌ای یا تطبیق آن بر مصداقی اختلاف نظر وجود داشته باشد، نظریهٔ اقل و اکثر بوجود آمده باشد، آیا قضات و وکلای جوان نظریهٔ اکثر را ترجیح نمی‌دهند؟ ظاهراً جواب مثبت است. و بنابراین می‌توان مورد را با مبحث شهرت فتوائی منطبق دانست. این در عمل است، ولی از لحاظ استدلال و نظر باید توجه داشت که عمل بر طبق نظریه و رویهٔ اکثریت نمی‌تواند مستند به دلیل قانع کننده‌ای باشد.

۲۵۹ - *انسداد باب علم و علمی*

در شماره ۱۵۳ و ۲۵۳ از «انسداد باب علم و علمی» نام برده شد. در اینجا مناسب می‌نماید که اندکی دراین باره توضیح داده شود:

معنای این عنوان این است که در زمان غیبت نمی‌توانیم به‌طور قطع و یقین یا وسیله ظنّ خاص معتبر وظائف و تکالیف خود را بشناسیم، پس ناچار و به حکم عقل باید به ظن عمل کنیم و به بیان دیگر باید ظن مطلق حجّت باشد.

این دلیل عقلی مبتنی بر چهار پایه و مقدمه است:

یکی اینکه در زمان غیبت، مانند زمان حضور امام (ع) احکام و تکالیف وجود دارند.

دوم اینکه قطع و یقین یا ظن خاص معتبر به بیشتر آنها بدست نمی‌آوریم.

سوم اینکه عمل به احتیاط موجب عسر و حرج است و طرق دیگر برای انجام تکالیف یا غیر ممکن است یا غیر واجب. و در هرحال انجام تکالیف شرعی لازم است.

چهارم اینکه وقتی بتوانیم به ظنّ مطلق که احتمال راجح و قوی است عمل کنیم، عمل به احتمال مرجوح که «وهم» نامیده می‌شود و عمل به احتمال مساوی که «شک» نام دارد، عقلاً قبیح است.

نتیجه آنکه باید ظن مطلق حجّت باشد.

از آنجا که این مقدمات همه با هم درست نیستند، اصولیین ظن مطلق را حجت نمی‌دانند، جز برخی از آنها مانند صاحب قوانین، برای بحث تفصیلی آن می‌توان به مآخذ زیر مراجعه کرد.(۱)

مقدمهٔ اول و چهارم مسلّم و مورد قبولند ولی در مقدمهٔ دوم و سوم بحث فراوان است.

---

۱ - **رسائل**، شیخ انصاری، ص ۱۰۴ و **قوانین**، میرزای قمی، جلد ۱، ص... و حواشی متعدد این دو مأخذ مهم.

گفتار نهم - اصول عملیه

۲۶۰ - تعریف اصل و اقسام آن

اصل در لغت به معنای پایه و ریشه است و در علم اصول در چهار معنا بکار رفته : قاعده، دلیل، ظاهر و استصحاب.[۱]

قاعده مانند اینکه گفته می‌شود اصل در اشیاء پاک بودن است. یعنی قاعده طهارت جاری است. دلیل مانند اینکه گفته می‌شود عقد لازم است والاصل فیه قوله تعالی:«*اَوْفُوا بِالْعُقُودِ*». ظاهر یا راجح مانند اینکه می‌گویند: اصل در استعمال حقیقت است، یعنی ظاهر حال گوینده این است که معنای حقیقی لفظ را اراده کرده است. استصحاب مانند اینکه در موردی که شک در انتقال مالی از یکی به دیگری پیدا شود گفته می‌شود اصل عدم انتقال است، یعنی عدم انتقال را استصحاب می‌کنیم.

اصل بر دو قسم است: لفظی و عملی .

اصل لفظی عبارت است از ظهور لفظ در معنایی و مهم‌ترین آن به قرار زیر است:

اصل حقیقت، اصل عموم و اصل اطلاق که شرح هریک گذشته است.

اصل عملی عبارت است از قاعده‌ای که به هنگام شک در حکم واقعی یا در موضوع آن بدان قاعده عمل می‌شود و مهم‌ترین اصول عملی عبارتند از: اصل برائت، اصل احتیاط یا اشتغال، اصل تخییر و اصل استصحاب که اندکی بعد به شرح آنها می‌پردازیم .

اصل عملی بر سه قسم است: اصل حکمی، اصل موضوعی و مشترک.

اصل عملیِ حکمی آن است که برای بیان حکم ظاهری بکار رود و به مهم‌ترین آنها اشاره شد. آنها غالباً اصل حکمی هستند و گاهی اصل موضوعی چنانکه خواهد آمد.

اصل عملیِ موضوعی آن است که برای بیان موضوع حکم بکار رود، مثل اصالت

---

۱ - **تقریرات اصول**، مرحوم استاد محمود شهابی، چاپ ۱۳۳۵، صفحهٔ ۸ تا ۱۰ .

الصحه[1] و مانند اصالة الحریه و اصل عدم ولایت. قرعه را نیز اگر اصل بدانیم از این قبیل است. و همین طور است مفاد قاعده فراغ و تجاوز.[2]

چنانکه خواهد آمد اصل حظر و اباحه نیز از اصول موضوعی می‌باشند.

نوع سوم اصلی است که هم می‌تواند مثبت حکم باشد و هم مثبت موضوع، مانند اصالة الطهارة، اصالة الحل، اصالة العدم، عدم الدلیل دلیل علی العدم، اصالة نفی‌الاکثر، که به هنگام تردید بین اقل و اکثر جاری می‌شود و اصل اولویت دفع مفسده برجلب منفعت .

مثالی حقوقی برای اصل موضوعی: می‌دانیم که، طبق ماده ۸۷۵ قانون مدنی در وراثتِ حمل باید نطفهٔ او در زمان مرگ مورث منعقد شده باشد. در صورت شک در این امر اصل عدم آن است. طبق همین ماده شرط دیگر این است که حمل زنده متولد شود. در صورت شک در این مطلب هم اصل عدم آن است. این دو اصل، اصل موضوعی هستند.

شرح این اصول و اینکه اینها اصل مستقلی هستند یا برخی به برخی دیگر و همه به همان چهار اصل عملیه حکمیه یعنی : برائت، استصحاب، احتیاط و تخییر برمی‌گردند بحثی مفصل است که می‌توان آن را در کتبی مانند حواشی رسائل مطالعه کرد.[3]

۲۶۱ - یادآوری چند نکتهٔ مهم

در این کتاب و در طول مباحث شفاهی در کلاس چند نکتهٔ مشترک میان این اصول را گفته‌ایم که اکنون یادآوری می‌شوند :

۱ - مهم‌ترین اصول عملیه را چهار اصل می‌دانند: برائت، استصحاب، احتیاط و تخییر. این بدان لحاظ است که این چهار اصل در تمام ابواب فقه و حقوق بکار برده می‌شوند. در حالی که اصول دیگر مانند اصالة اللزوم و اصالة الصحه - در صورتی که آن را اصل بدانیم نه اماره - کاربرد کمتری دارند.

۲ - موضوع همهٔ این اصول شک است و به بیان دیگر هرگاه یقین و ظن به چیزی نداشته بلکه در آن شک و تردید داشته باشیم به یکی از اصول متوسل می‌شویم. ناگفته نماند که منظور از ظن، ظن معتبر است، مانند ظن‌هایی که در گفتار پیش از آنها بحث کردیم ولی ظن غیر معتبر در حکم شک است، مانند ظن حاصل از خبر واحد غیرحجت یا قیاس .

---

۱ و ۲ - **فرائد الاصول**، شیخ انصاری، صفحهٔ ۱۸۳ .

۳ - **بحرالفوائد فی شرح الفرائد**، تألیف میرزا محمد حسن آشتیانی، جزءِ اول، صفحهٔ سوم.

۳ - فحص و جستجو برای پی بردن به حکم واقعی، شرط اجرای هریک از اصول عملی است. بدین‌معنا که اول باید برای یافتن حکم واقعی مطالعه و تحقیق و تفحص کرد، باید سراغ ادله و امارات معتبر رفت. اگر حکم واقعی معلوم نشود آنگاه باید به اصول عملیه روی آورد و به مقتضای آنها عمل کرد.

خوشبختانه کار فحص و تحقیق در فقه اسلامی به همت مفسران و محدّثان و فقهای بزرگ و در نتیجهٔ گذشت چهارده قرن تحقیق و تتبع در فقه تا حدی آسان گشته. بدین معنا که ابواب فقه مرتب و ادله مربوط به آنها معلوم شده است و آنچه می‌ماند مطالعه و بررسی ادله و اقوال و عقاید پیشینیان و اتخاذ تصمیم است. لکن متأسفانه مسائل جزیی در طی کتب پر حجم و قطور جای معینی ندارند، فهرست منظمی از آنها تهیه نشده و گاهی یک مسأله در چندین جای یک کتاب تکرار شده است. این وضع کار فحص و تحقیق را کُند و سخت و پر زحمت و کم بهره ساخته است. در زمینهٔ رفع این اشکال در قرن حاضر اقداماتی صورت گرفته ولی هنوز با پیشرفت‌های زمان متناسب نشده است. (نظیر این بحث را قبلاً در شماره ۱۱۴ هم داشتیم).

۴ - انحصار اصول عملیه‌ی مهم در چهار اصل، حصر عقلی است[۱]. زیرا یا حالت سابقه مورد توجه قرار می‌گیرد یا خیر، حالت اول جای اصل استصحاب است. آنجا که حالت سابقه وجود نداشته باشد یا مورد توجه قرار نگیرد، خود دارای دو صورت است: زیرا یا عمل به احتیاط ممکن است یا نیست، صورت دوم جای اجرای اصل تخییر است. جایی که عمل به احتیاط ممکن باشد نیز دوگونه است: یکی آنکه دلیلی بر وجوب عمل به احتیاط داشته باشیم که در این صورت جای اجرای اصل احتیاط است و دیگر آنکه دلیلی بر وجوب احتیاط نداشته باشیم که جای اصل برائت خواهد بود.

برخی از اصولیین حصر مجرای اصول را عقلی دانسته ولی در مورد استصحاب آن را عقلی ندانسته‌اند و نیز در بیان حصر عقلی میان این اصول هم توجیهی دیگر، با اندک تفاوتی دارند.[۲]

حصر عقلی و حصر استقرائی

چون سخن به حصر عقلی کشیده شد آن را توضیح می‌دهیم. حصر عقلی در برابر حصر

---

۱ - **فرائد الاصول**، شیخ انصاری، صفحهٔ ۳ و ۱۸۳.

۲ - **تقریرات، نائینی - کاظمی**، جلد ۳، ص ۵.

استقرائی است. حصر عقلی تردید میان وجود و عدم است، دَوَران امر است بین نفی و اثبات. چنانکه بگوئیم : این کتاب یا مال شما هست یا مال شما نیست. در این مثال احتمال دیگری ممکن نیست.

حصر استقرائی تردید میان دو یا چند چیز است و احتمال دیگر هم غیرممکن نمی‌باشد. مانند آنکه بگوئیم : این کتاب یا مال شماست یا مال من است. که ممکن است هیچکدام ما مالک آن نباشیم. ولی هیچکس دیگر هم مدعی مالکیت آن کتاب نیست.

۵ - اصول مُحْرِزه و غیر مُحْرِزه: برخی از اصولیین[۱] اصل عملی را به محرز و غیر محرز تقسیم کرده‌اند. اصل محرز را اصلی می‌دانند که واقع را احراز و تعیین کند و غیر محرز آن است که چنین نباشد. ولی باتوجه به تعریفی که برای اصل عملی داشتیم و گفتیم که: اصل عملی عبارت است از قاعده‌ای که به هنگام شک در حکم واقعی یا در موضوع آن حکم به آن قاعده عمل شود این تعریف درستی برای اصل محرزِ واقع نمی‌باشد و این تقسیم درست نیست. مگر اینکه این دو اصطلاح را به شرح زیر تفسیر کنیم :

- اصل محرز واقع آن است که ناظر به واقع باشد، ولی کاشف ظنی از واقع نباشد. یا
- اصل محرز واقع آن است که بصورت ظنی کاشف از واقع باشد ولی حجیت آن به این لحاظ نباشد[۲]. به هر تفسیر اصل غیر مُحْرِز در برابر آن است.

آنهائی که این تقسیم را پذیرفته‌اند استصحاب و اصل صحت و قاعدهٔ فراغ و تجاوز را از اصول محرزه شمرده‌اند و برائت و تخییر و احتیاط را اصل غیر محرزه دانسته‌اند.

پس از تعریف اصل و بیان اقسام آن اکنون به شرح اصول عملی مهم می‌پردازیم :

---

۱ - **قواعد فقه**، مرحوم میرزا محمدحسن بجنوردی، قاعدهٔ صحت.

۲ - **انوار الاصول**، آیةالله مکارم، ج ۲، ص ۲۵۹.

قسمت اوّل - اصل برائت[1]

۲۶۲ - تعریف اصل برائت

منظور از اصل برائت یا اصالة البرائة (به فتح الف اصالت) این است که در مواردی که در حکمی شک داریم، معتقد شویم که در مقام عمل موظف به آن نیستیم. مثلاً اگر ندانیم که حکم استعمال دخانیات چیست و با بررسی و تحقیق کافی هم دلیلی در این باره بدست نیاوریم و در حکم واقعی آن مردد بمانیم، برای اینکه در مقام عمل از تردید و دودلی درآئیم می‌گوئیم «اصل برائت است». یعنی در این مورد که حکم حرمت ثابت نیست، استعمال دخانیات جائز و مباح است. مثال دیگر اینکه می‌دانیم سرقت جرم است و می‌دانیم سرقتی هم انجام یافته و شخصی را هم به اتهام جرم به دادگاه معرفی کرده‌اند، ولی نمی‌دانیم که او مرتکب جرم شده یا خیر. خودش منکر است و دلائل استنادی نیز مثبت قضیه نیست. در اینجا باید به لحاظ فقد دلیل حکم برائت صادر کرد. همچنین است هرگاه سرقتی انجام یافته ولی دلیلی بر اثبات متهم جز اقرار او وجود ندارد و بدانیم که اقرار به زور و شکنجه گرفته شده باشد[2].

۲۶۳ - مطالب این قسمت

کجا می‌توان اصل برائت را بکار برد، شرائط آن چیست، آثار و احکام آن کدام است؟

اینها مطالبی است که احتیاج به تفصیل دارد و کمی بعد به بیان آنها خواهیم پرداخت. برای روشن شدن مفهوم اصل برائت به یکی دو اصل دیگر هم که با آن شباهت دارند اشاره می‌کنیم و اصطلاح حکم واقعی را که در تعریف اصل برائت بکار رفته توضیح می‌دهیم. پس مطالب این قسمت را به ترتیب زیر بررسی می‌کنیم:

اصل عدم و مقایسهٔ آن با اصل برائت.

---

۱ - این موضوع در کتاب **فرائدالاصول** شیخ انصاری، چاپ ۱۳۲۰ از صفحهٔ ۱۸۱ تا ۲۲۷ مورد بحث قرار گرفته است.

۲ - **شرایع**، محقق حلی، کتاب سرقت، اثبات سرقت.

اصل اباحه و اصل حظر و مقایسه آنها با اصل برائت و احتیاط .
حکم واقعی و ظاهری .
جای بکار بردن اصل برائت .
دلائل حجیت اصل برائت.
شرائط، آثار و احکام اصل برائت.
چه کسی می‌تواند اصل برائت را بکار برد؟
اصل برائت در حقوق موضوعه .

۲۶۴ - *اصل عدم*

اصولی وجود دارند که شباهت زیادی با اصل برائت دارند و گاهی به آن مشتبه می‌شوند و از این روی به آنها اشاره‌ای می‌شود. مهم‌ترین این اصول عبارتند از: اصل عدم و اصل اباحه و ذیلاً به تعریف آنها و فرق و شباهت هریک با اصل برائت می‌پردازیم :

همه چیز از عدم بوجود و از نیستی به هستی آمده است. برای اثبات عدم نیازی به دلیل و برهان نیست و این اثبات وجود چیزی است که محتاج دلیل است. این مطلب بدیهی و روشن و حکمی است عقلی و آن را بدین بیان خلاصه کرده‌اند که: اصل، عدمِ چیزی است تا وجودش ثابت شود. و به اصل عدم نامیده شده است. قاعدهٔ «*اَلْبَیِّنَةُ عَلیٰ المُدَّعی وَاَلْیَمینُ عَلیٰ مَنْ اَنْکَرَ*» مبتنی بر همین اصل و مادهٔ ۱۲۵۷ قانون مدنی که می‌گوید «هرکس مدعی حقی باشد باید آن را اثبات کند...» اقتباس از همین قاعدهٔ حقوق اسلامی است .

۲۶۴/۱ - *آیا نافی را نفی کافی است؟*

در اینجا اشاره به نکته‌ای لازم بنظر می‌رسد و آن این است که شیخ طوسی[۱] معتقد است که هرکس حکمی را نفی می‌کند باید آن نفی را اثبات کند. در بدو امر بنظر می‌رسد که این عقیده مخالف اصل عدم است. زیرا عدم و نفی بنظر مرادف می‌آیند و اگر قبول کنیم که عدم احتیاج به اثبات ندارد، باید قبول کنیم که نفی هم دلیل نمی‌خواهد. ولی با توضیحی که او می‌دهد معلوم می‌شود که عقیده‌اش با اصل عدم مخالفت ندارد. زیرا کسی که چیزی را نفی می‌کند مدعی است که علم دارد به نبودن آن و علم اکتسابی هم دلیل می‌خواهد و مدعی باید

---

۱ - **عدة الاصول**، شیخ طوسی، جلد دوم، صفحهٔ ۱۲۳ .

دلیل یا دلائل علم خود را بیان کند تا ارزیابی شود. به عبارت دیگر کسی که در وجود یا عدم چیزی شک و تردید داشته (مورد اصل عدم)، نمی‌تواند آن را نفی کند چنانکه نمی‌تواند آن را اثبات کند و کسی می‌تواند چیزی را نفی کند که بتواند علم خود را به آن «نفی» مدلل و مبرهن سازد. پس این جملهٔ مشهور که «نافی را نفی کافی است» همه جا صادق نیست و باید بین موارد آن فرق گذاشت به این خلاصه که: اگر منظور از نفی، شک و تردید و عدم علم باشد این جمله درست است ولی اگر منظور از نفی چیزی باشد، اعم از حکم یا موضوع، این جمله درست نیست و مدعی نفی باید ادعای خود را به اثبات رساند.

مثال برای اصل عدم ماده ۸۷۶ قانون مدنی است که می‌گوید: «با شک در حیات حین ولادت حکم وراثت نمی‌شود». زیرا در تحقق شرط شک است و اصل عدم تحقق آن است.

مثال دیگر: اصل عدم ولایت کسی بر دیگری.

۲۶۵ - *مقایسهٔ اصل عدم با اصل برائت*

شباهت این دو اصل بسیار است تا بدان حد که توهم می‌رود هر دو اصل یک مفهوم دارند. زیرا این مطلب: «اصل، عدم چیزی است تا وجودش ثابت شود» که تعریف اصل عدم است، مثل این است که می‌گوییم: اصل برائت از تکلیف است تا وجود آن ثابت شود. ولی با قبول وجود شباهت زیاد بین این دو اصل توهّم یکی بودن آن دو را، با بیان فرق‌هایشان، رد می‌کنیم.

فرق‌های اصل عدم و اصل برائت:

۱ - اصل برائت در خصوص تکلیف است، ولی اصل عدم اعم است از اینکه تکلیفی مورد بحث باشد یا موضوعات بدون تکلیف.

۲ - اصل برائت در جایی بکار می‌رود که تکلیفی در مرحلهٔ واقع وجود داشته باشد ولی دلیلی برای احراز و پی‌بردن به آن نداشته باشیم و در مقام عمل و در مرحلهٔ ظاهر برای معافیت از الزام و تکلیف و کیفر و آثار دیگر تکلیف بنا را بر نبودن آن بگذاریم. در حالی که اصل عدم اعم است از مرحلهٔ واقع و مرحلهٔ ظاهر.

برخی از نویسندگان[۱] نسبت بین این دو اصل را عموم و خصوص مطلق گفته‌اند. اصل عدم را عام و اصل برائت را خاص دانسته‌اند. این گفته را با دو فرق مذکور به خوبی می‌توان

---

۱ - **دانشنامهٔ حقوقی**، دکتر جعفری لنگرودی، جلد اول، چاپ دوم، صفحهٔ ۳۶۰، به نقل از **رسائل** ابی‌المعالی.

توجیه کرد.

۳ - اصل عدم، به شرحی که گذشت، اصلی است عقلی و از مستقلات عقلی است و اصل برائت اصلی است شرعی. مگر اینکه دلیل آن را «قاعدهٔ قبح عقاب بلابیان» که قاعده‌ای است عقلی بگیریم که در این صورت اصل برائت نیز اصلی عقلی خواهد بود.

۲۶۶ -*اصل اباحه، شباهت و فرق آن با اصل برائت؛ اصل حظر، شباهت و فرق آن با اصل احتیاط*

حظر یعنی منع و محظور یعنی ممنوع. اصل اباحه بدین معناست که هرگاه در حلال یا حرام بودن چیزی شک کنیم اصل و قاعده این است که حرام نباشد. مثلاً تصرف در حریم به نحوی که زیانی برای صاحب حق حریم نداشته باشد مستند است به اصل اباحه و جائز خواهد بود. مانند عبور از زمین بدون مالک که حریم چاه آب دیگری باشد.

اصل اباحه شباهت زیادی به اصل برائت دارد و اصل حظر شبیه اصل احتیاط است. ولی بین آنها فرق‌هایی است از جمله:

۱ - اصل برائت و احتیاط در مقام اثبات حکم ظاهری بکار گرفته می‌شوند. یعنی با فرض اینکه حکم واقعی مسئله را نمی‌دانیم می‌خواهیم بدانیم در مقام عمل چه باید کرد و حکم ظاهری قضیه چیست؟ ولی اصل اباحه و حظر برای فهمیدن و شناختن حکم واقعی قضیه است.

۲ - اصل حظر و اباحه صرفاً اصول عقلی هستند. در حالی که اصل برائت و احتیاط ممکن است اصل شرعی باشند یا عقلی به شرحی که خواهد آمد.

۳ - اصل برائت و اشتغال برای درک و فهم تکلیف و وظیفهٔ افراد و ناظر به عمل مکلف است. مثلاً هرگاه بخواهیم بدانیم آواز خواندن (غنا) حرام است یا حلال، مسأله مشمول اصل اشتغال یا برائت است. ولی اصل حظر و اباحه برای شناختن حکم موضوعی است. مثل اینکه هرگاه بخواهیم بدانیم مالی که صاحبش از آن اعراض کرده چه حکمی دارد، مباح است یا نه؟ جای بکار بردن اصل حظر است[1]. بدیهی است که موضوعات به لحاظ فعل مکلف می‌توانند مورد حکم قرار گیرند. ولی با این حال اصل برائت و احتیاط را اصل حکمی و حظر و اباحه را اصل موضوعی می‌گویند.

---

۱ - **تقریرات نائینی - کاظمی**، جلد دوم، صفحهٔ ۱۹۵، چاپ مصطفوی برقعی.

مثال دیگر برای اصل اباحه: شیخ انصاری[۱] دلیل عمدهٔ عدم حرمت نقاشی بی‌جان (تصویر غیر ذی روح) را اصل اباحه می‌داند.

۲۶۷ - حکم واقعی، ظاهری و اضطراری یا واقعی ثانوی

در مطلب پیش، از حکم واقعی و ظاهری نام برده شد و اصولاً در بحث اصول عملیه مکرر به این دو اصطلاح اشاره می‌شود. بدین جهت مناسب است در مقدمهٔ بحث، این دو نیز توضیح داده شوند.

حکم واقعی عبارت است از حکم شرع در هر قضیه‌ای بدون توجه به علم و جهل مکلف که ممکن است بدان پی ببرد و ممکن است پی نبرد. مثل حکم واقعی شرع در مورد مال مشتبه که در واقع و حقیقت فقط مالک مال حق تصرف در آن را دارد و متصرف اگر مالک واقعی نباشد، تصرفش مجاز نخواهد بود.

حکم ظاهری[۲] عبارت است از اینکه با فرض جهل به حکم واقعی حکمی برای مسأله معین کنند. چنانکه در مثال پیش، مال مشتبه، گویند هرگاه مشتبه مالی باشد در میان تعداد زیادی از اموال، مثل اینکه دوچرخه‌ای بین صدها دوچرخه مشتبه شود، حکم ظاهری آن برائت است و یا برعکس هرگاه مشتبه بین چند چیز محصور و معین باشد، حکم آن احتیاط است. مثل اینکه چیزی با چیز دیگر اشتباه شود چنانکه ندانیم این ساعت مال ماست یا آن ساعت.

برخی از اصولیین متأخر حکم ظاهری را «حکم» نمی‌دانند، بلکه معتقدند که امارات و اصول در صورت انطباق با واقع، موجب منجّز شدن حکم واقعی می‌شوند و در صورت عدم انطباق با آن موجب عذر خواهند بود.[۳]

۲۶۷/۱ - منابع حکم ظاهری

مفاد اصول عملیه را، در جایی که اصل اصل حکمی باشد، حکم ظاهری گویند. ولی آیا مفاد امارات هم حکم ظاهری است؟ یا واقعی؟ حکم ظاهری دو کاربرد دارد: گاهی هم مفاد

---

۱ - **مکاسب**، شیخ مرتضی انصاری، جزء دوم، صفحهٔ ۲۲۷.

۲ - مرحوم شیخ انصاری در مقدمه رساله برائت مفاد اصول را حکم ظاهری و هم واقعی ثانوی دانسته و کمی بعد مفاد اصول و امارات را حکم ظاهری دانسته است.

۳ - **کفایة الاصول**، آخوند خراسانی، جلد دوم، صفحهٔ ۴۳.

اصول و هم مفاد امارات را حکم ظاهری می‌گویند و گاهی مفاد اصول را حکم ظاهری و مفاد امارات را حکم واقعی نامیده‌اند[۱]. بنابراین باید در موارد کاربرد آن دقت کرد. بدین‌گونه که اگر این عنوان «حکم ظاهری» را در کلام فقها و اصولیین دیدیم، دقت کنیم که بفهمیم منظور آنها فقط مفاد اصول عملیه بوده یا هم مفاد اصول عملیه و هم مفاد امارات. و اگر خودمان بخواهیم این عنوان را بکار بریم باید تصریح کنیم که منظورمان کدامیک است .

حکم واقعیِ ثانوی حکمی است که برای مکلف با توجه به حالات مختلف او، به استثنای حالت علم و جهل، وضع شود. مثلاً می‌دانیم روزهٔ ماه رمضان واجب است، ولی همین حکم نسبت به مسافر، مریض، زنان در بعضی حالات و پیران تغییر می‌کند. این را می‌گویند حکم واقعی ثانوی و چون بیشتر مورد آن حالت اضطرار است آن را حکم اضطراری نیز می‌گویند.[۲]

در این صورت، حکم واقعی اولی حکمی است که بدون توجه به این احوال معین شده باشد.

مثالی ساده:عبور از چراغ قرمز ممنوع است (حکم اولی واقعی)، لکن به دستور پلیس باید از آن گذشت (حکم واقعی ثانوی).

حکم تحریم تنباکو منتسب به مرحوم میرزای شیرازی (متوفا به سال ۱۲۷۳ هـ ش) نمونه‌ای از حکم واقعی ثانوی است. شرح این واقعه و اهمیت این فتوای کم نظیر را می‌توان در تواریخ دورهٔ قاجار و مشروطیت ایران خواند. فتوای مزبور مختصر و به این عبارت است، «الیوم استعمال توتون و تنباکو بِاَیِّ نحوٍ کانَ در حکم محاربه با امام زمان است».

به‌طور خلاصه اصطلاحاتی که در این مورد داریم، عبارتند از: حکم واقعی، حکم ظاهری که جهت فرق آنها علم و جهل مکلف است و حکم واقعی اولی و حکم واقعی ثانوی که فرق آنها از جهت حالات دیگر مکلف است، مانند عسر و حرج، ضرر، اکراه، و اضطرار.

۲۶۸ -*اصل برائت کجا بکار می‌رود؟*

این مسئله در کتب اصولی تحت عنوان «مجرای اصل برائت» مطرح می‌شود. در این مبحث اصولیین مجرای اصل برائت را (یعنی جائی که می‌توان اصل برائت را بکار برد) شک در

---

۱ - **تقریرات شیخ انصاری (مطارح الانظار)**، گرد آوردهٔ میرزا ابوالقاسم نوری رازی، ص ۲۳، چاپ ۱۳۱۳ قمری، تهران.

۲ - **رسائل**، شیخ انصاری، در مقدمهٔ رسالهٔ برائت و **متاجر** شیخ انصاری در بیع، جلد هفتم، صفحه ۱۳۷.

تکلیف دانسته‌اند. بدین توضیح که گاهی شک در تکلیف است و گاه در مکلف به. شک در مکلف به، جای به‌کار بردن اصل اشتغال و احتیاط و شک در تکلیف جای به‌کار بردن اصل برائت است و این خود دارای صور متعددی است به شرح زیر:

شک در تکلیف گاهی از باب شبههٔ حکمیه و گاهی از باب شبههٔ موضوعیه است. در هر دو حال یا شک در وجوب است بدون احتمال حرمت، یا شک در حرمت است بدون احتمال وجوب، و یا شک در تعیین حرمت و وجوب است با علم اجمالی به وجود یکی از آن دو حکم. و در هر صورت منشاءِ شک یا فقدان نصّ یا اجمال نصّ و یا تعارض دو نصّ است. که بدین ترتیب صور شک در تکلیف بالغ بر هیجده فرض می‌شود. شش صورت آن: (صور شک در تعیین وجوب و حرمت با علم اجمالی به وجود یکی از آنها) محل جریان اصل تخییر است و بعداً دربارهٔ آن صحبت خواهیم کرد و بقیه مجرای اصل برائت است. البته این عقیدهٔ اصولیین است در حالی که اخباری‌ها در بعضی صور از جمله در شبههٔ حکمی تحریمی آن قائل به احتیاطند. اقوال دیگر نیز در مسأله وجود دارد که می‌توان آنها را در کتب مفصل اصولی، مانند رسائل شیخ انصاری، ملاحظه کرد.

از دوازده صورتی که به آن اشاره شد، با ادغام صوری که یک حکم دارند، هشت صورت مهم باقی می‌ماند که عبارتند از:

۱ – شبههٔ حکمیهٔ تحریمیه، به علت فقدان نصّ.

۲ – شبههٔ حکمیهٔ تحریمیه، به علت اجمال نصّ.

۳ – شبههٔ حکمیهٔ تحریمیه، به علت تعارض دو نصّ.

۴ – شبههٔ موضوعیهٔ تحریمیه.

۵ – شبههٔ حکمیهٔ وجوبیه، به علت فقدان نصّ.

۶ – شبههٔ حکمیهٔ وجوبیه، به علت اجمال نصّ.

۷ – شبههٔ حکمیهٔ وجوبیه، به علت تعارض دو نصّ.

۸ – شبههٔ موضوعیهٔ وجوبیه.

۲۶۹ - شبههٔ حکمی و موضوعی

شبههٔ حکمی عبارت است از اینکه حکم موضوعی کلی معلوم نباشد. مثل اینکه ندانیم عقد بیمه از نظر شرع حلال است یا حرام و اینکه سیگار کشیدن حلال است یا حرام.

مثال دیگر: یکی از نویسندگان[1] شبههٔ حکمی را مثال زده است به مادهٔ ۷۹ قانون آئین دادرسی مدنی پیشین که می‌گوید: دعاوی متعددی را که منشاء و مبنای آن مختلف است نمی‌توان به موجب یک دادخواست اقامه نمود...». چه، معلوم نیست که اقامهٔ دو دعوای مختلف به موجب یک دادخواست به‌طورکلی چه حکمی دارد و دادگاه چه باید بکند (این ماده را در شمارهٔ ۸۹ نیز داشتیم).

شبههٔ موضوعی عبارت است از اینکه حکم موضوعی کلی معلوم است ولی موضوع خاصی از آن به جهتی مورد تردید قرار گیرد. مثل اینکه می‌دانیم آشامیدن مشروب الکلی حرام و آشامیدن مشروب غیر الکلی جائز است، ولی دربارهٔ لیوانی پر از مشروب تردید پیدا کنیم که الکلی است یا غیر الکلی.

مثال دیگر: می‌دانیم معامله به قصد فرار از دین غیر نافذ[2] است. لکن در جایی که شخص دین مسلمی ندارد ولی احتمال می‌دهد در دعوایی که مطرح است محکوم شود و قبلاً ملک خود را که می‌تواند جوابگوی محکومیت احتمالی او شود بفروشد، در این صورت تردید پیدا می‌شود که این موضوع مصداق معاملهٔ به قصد فرار از این دین است تا غیر نافذ باشد یا مصداق آن نیست تا نافذ و کامل باشد.

مثال دیگر: ماده ۸۷۶ قانون مدنی است که می‌گوید: «با شک در حیات حین ولادت حکم وراثت نمی‌شود» که نمی‌دانیم نوزاد زنده به دنیا آمده یا مرده.

شبههٔ موضوعی را می‌توان به شبههٔ مفهومی و مصداقی تقسیم کرد و ذیلاً این دو اصطلاح توضیح داده می‌شوند:

۲۷۰ – *شبههٔ مفهومی و مصداقی*

شبههٔ مفهومی این است که مفهوم و معنای چیزی روشن و معلوم نباشد. مانند مفهوم «حق مکتسب» که عناصر و شرائط آن معلوم نیست و حقوقدانان در تعریف و بیان مفهوم و معنای آن اختلاف دارند و مانند اصطلاح «نظم عمومی» در حقوق خصوصی.

شبههٔ مصداقی عبارت از این است که معنا و مفهوم چیزی روشن باشد، ولی در اینکه آن تعریف فردی را که مورد بحث است، فرا گیرد تردید بوجود آید. چنانکه مفهوم روزنامهٔ

---

۱ – **مقدمهٔ عمومی علم حقوق**، دکتر جعفری لنگرودی، صفحهٔ ۲۳۴.

۲ – این حکم قانون مدنی بود ولی در اصلاحات سال ۱۳۶۴ مادهٔ مربوط به آن حذف شد.

کثیرالانتشار (مادهٔ ۹۴ قانون آئین دادرسی مدنی پیشین) واضح است، ولی ممکن است در مورد روزنامه‌ای تردید شود که مشمول این مفهوم هست یا نیست.[۱]

۲۷۱ - دلائل حجیّت اصل برائت

اصولیین برای اثبات حجیّت اصل برائت به آیاتی چند از قرآن و روایات متعدد از پیغمبر اکرم (ص) و ائمهٔ معصومین (ع) و اجماع علمای مذهب و دلیل عقل استناد کرده‌اند. که اگرچه مجموع آنها حجیّت و دلیلیت این اصل را مسلم می‌نمایند ولی در هریک از آنها جای بحث و گفتگو زیاد است. کتب مفصل اصولی به نقد و بررسی تفصیلی آنها پرداخته‌اند و بهترین نمونهٔ آنها کتاب نفیس فرائد الاصول - رسائل - تألیف شیخ مرتضی انصاری است[۲] در اینجا تنها به ذکر چند دلیل اکتفا می‌شود:

یکم - *آیات قرآنی*

۱ - آیهٔ شریفهٔ: ***لایُکَلِّفُ اللّهُ نَفساً اِلّاماآتیها***[۳]. یعنی خداوند کسی را مکلف نمی‌کند مگر به آنچه به او داده است یا به او اعلام کرده است.

۲ - آیهٔ شریفهٔ: ***ماکُنّا مُعَذِّبینَ حَتّیٰ نَبعَثَ رَسُولاً***[۴]. ما تا پیامبری نفرستیم عذاب نمی‌کنیم.

۳ - ***مَعاذَ اللّهِ اَن نَاخُذَ اِلّا مَن وَجَدنا متاعَنا عِندَهُ اِنّا اِذاً لَظالِمُونَ***.[۵] یعنی: پناه برخدا که بگیریم جز کسی را که کالای خود را نزد او بیابیم! زیرا در این صورت ما ستمکار خواهیم بود.

مرحوم استاد محمود شهابی به این آیه استناد فرموده است. بدین توضیح که کالای شرع احکام و تکالیف است.

دوم - *اخبار و روایات*

۱ - حدیث نبوی (ص) مشهور به حدیث رفع بدین عبارت: «***رُفِعَ عَنْ اُمّتی تَسعَةُ اَشیاء... اَلْخَطَا، وَالّنِسیانُ، وَ مَا اسْتُکْرِهُوا عَلَیهِ، وَ مَالا یعلَمُوْنَ وَ مالا یطیقُونَ وَ مَا اضْطُروا اِلَیهِ وَالْحَسَدُ وَالطیَرَةُ***

---

۱ - **مقدمهٔ علم حقوق**، دکتر شایگان.

۲ - **رسائل** شیخ انصاری، مقصد سوم در اصل برائت، ص ۱۸۱ به بعد.

۳ - سورهٔ طلاق، آیه ۷.

۴ - آیهٔ ۱۵، از سورهٔ اسراء.

۵ - سورهٔ یوسف، آیهٔ ۷۹، زیرنویس تقریرات مرحوم استاد شهابی، ص ۱۲۱.

وَالْوسْوَسَةُ فِی الْخَلْقِ مٰالَمْ یَنْطِقُوا بِشَفَهٍ .

یعنی برداشته شده است از پیروان محمد (ص) (آثار یا مؤاخذهٔ) نه چیز: اشتباه، فراموشی، اکراه، جهل، عجز، اضطرار، رشک و حسد، فال بد و وسوسه در آفرینش تا هنگامی که به زبان نیاورده باشند .

۲ – حدیث: «کُلُّ شَیئٍ مُطْلَقٌ حَتّیٰ یَرِد فِیهِ نَهْیٌ یعنی: همه چیز آزاد است تا اینکه درباره آن نهیی برسد.» دلالت این حدیث بر حجیّت اصل برائت خیلی روشن است .

سوم - اجماع

به اجماع نیز برای اثبات حجیّت اصل برائت استناد شده، ولی اثبات اجماع در این مورد مشکل است. چون اجماع هنگامی به عنوان دلیلی مستقل ارزش دارد که مدرک آن معلوم نباشد و با بودن آیات و روایات مدرک فتاوا معلوم است (اجماع مدرکی در شمارهٔ ۱۸۲ مورد بحث قرار گرفته است).

چهارم - عقل

مهم‌ترین دلیل حجیّت اصل برائت قاعدهٔ عقلی «قبح عقاب بلابیان» است. منظور از این قاعده این است که عقلاً زشت و ناپسند است که کسی را برای انجام کاری که ممنوع و حرام نشده مجازات کنند و کیفر دهند .

این قاعده که در حقوق جدید نیز انعکاس دارد،[۱] قاعده‌ای است مسلم ولی با قاعدهٔ عقلی دیگری که داریم به نام «وجوب دفع ضرر محتمل» ظاهراً تعارض دارد و باید دید که کدام یک بر دیگری تقدم یا ترجیح دارد. به‌طور اختصار باید گفت که اصولیین قاعدهٔ اول را وارد[۲] بر قاعدهٔ دوم می‌دانند. بدین‌معنا که چون مجازات، بدون اعلام قبلی ممنوع بودن کاری، به حکم عقل زشت و ناپسند است. دیگر احتمال ضرر – مجازات – در چنین مواردی وجود ندارد و موردی برای بکار بردن قاعدهٔ دوم پیدا نمی‌شود.

بی‌مناسبت نیست اشاره شود که «قاعدهٔ وجوب دفع ضرر محتمل» قاعدهٔ مسلمی نیست

---

۱ – مادهٔ ۲ قانون مجازات اسلامی چنین است: «..هیچ امری را نمی‌توان جرم دانست مگر آنکه به موجب قانون برای آن مجازات یا... تعیین شده باشد».

۲ – در بحث تعارض ادله راجع به اصطلاح «ورود» و «حکومت» و جز اینها گفتگو خواهیم کرد.

و در آن جای گفتگو و چون و چرا بسیار است. چه، تن در دادن به پاره‌ای زیانها گاهی به جهاتی معمول است و شرعاً هم دلیلی بر حرمت آن نرسیده. این در مورد ضرر و زیان دنیوی مسلم است و بنابراین وجوب دفع ضرر محتمل مورد تردید است و بدین ترتیب نیز قاعدهٔ اول مصون از هرگونه معارضه و خدشه باقی می‌ماند.

۲۷۲ - نکاتی چند برای روشن شدن اصل برائت

۱ - شرط مهم اجرای اصل برائت در هر مورد فحص و جستجوی از وجود دلیل برای اثبات تکلیف و مأیوس و نومید شدن از دسترسی بدان است. بدین‌معنا که باید اول برای اثبات تکلیف و حکم به دنبال دلیل گشت، فحص و جستجو کرد، سعی کافی و وافی به عمل آورد تا آنجا که یا دلیلی بر آن پیدا شود و یا از دست یافتن بر دلیل نومید شویم. آنگاه، و تنها در این هنگام است که، می‌توان برای معافیت از مجازات و مصونیت از کیفر به اصل برائت استناد و اتکا کرد. در بحث عام و خاص هم نظیر این بحث را داشتیم (شماره ۱۱۴) و نیز در شمارهٔ ۲۶۱ این بحث مطرح شده است.

۲ - اصل برائت مفید عدم لزوم ایجاد یا ترک عملی است که در لزوم آن شک و تردید باشد و این به هیچ‌وجه منافاتی با حسن احتیاط و پسندیده بودن عمل به احتیاط، در صورت امکان آن، ندارد. مثلاً هرگاه شک و تردید داشته باشیم که کمک به مصدوم و مجروح لازم است یا نیست؟ و دلیلی در این باره نداشته باشیم می‌توان با استناد به اصل برائت، لزوم و وجوب این تکلیف را نفی کرد. ولی نفی وجوب آن ابداً منافاتی ندارد با این مطلب که بگوئیم: کمک به مصدوم و محروم و محتاج به‌طور کلی عملی است ممدوح و پسندیده هم از نظر عقل و هم از نظر شرع و بی‌شک قانونگذاران نیز آن را قبول دارند.

۳ - حجیَّت اصل برائت مبتنی بر حجیَّت ظن و حصول ظن در مورد آن نیست. بلکه اصل برائت در مورد شک در تکلیف جاری است، اعم از اینکه با اجرای این اصل به حکم واقعی ظنی حاصل شود یا نشود و این ظن حجت باشد یا نباشد و حتی در مورد وجود ظن غیرمعتبر هم باید اصل برائت را به کار بست. مثلاً هرگاه ظن و گمان داشته باشیم که متهم مجرم است، ولی این ظن و گمان به مدرکی نباشد باید متهم را رها کرد تا مدرک قابل قبولی به دست آید.

۴ - گفته‌اند که در شبههٔ وجوبی و تحریمی نیز اصل برائت بکار می‌رود. باید در اینجا دقت بیشتری کرد و به آنچه مشهور است که در شبههٔ وجوبی و تحریمی اصل تخییر است نیز باید توجه داشت و دید که این دو عقیده چطور قابل جمعند؟ آنچه مورد برائت قرار می‌گیرد

صرفاً عنوان لزوم فعل یا ترک یعنی وجوب یا حرمت است و با بکار بردن این اصل، هم وجوب و هم حرمت ازبین می‌رود و در نتیجه انجام و ترک آن عمل، هر دو، مجاز خواهند بود و این معنای تخییر است. از این روی است که محققان اصول می‌گویند در شبهۀ وجوبی و تحریمی حکم شرعی اباحه و حکم عقلی تخییر است.[1] این دو حکم قابل جمع است و با توضیحی که داده شد مسلم گردید که یکی نتیجۀ دیگری است یعنی وقتی بین فعل و ترک تخییر باشد نتیجۀ آن اباحه خواهد بود و برعکس.

۵ - برائت اصلی شرعی است یا عقلی؟ اگر مستند اصل برائت را قرآن و سنت و اجماع بدانیم اصل شرعی خواهد بود و اگر ادلۀ شرعی را برای آن کافی ندانیم و دلیل آن حکم عقل باشد که براساس «قبح عقاب بلابیان» استوار است، در این صورت دلیلی عقلی خواهد بود. همچنین اگر معتقد شویم که آیات و روایات در این مورد مولوی نبوده بلکه به حکم عقل ارشاد می‌نمایند، باز برائت دلیلی عقلی خواهد بود.

۲۷۲/۱ - *حکم مولوی و حکم ارشادی*

حکم مولوی دستوری است که شارع صادر می‌کند و اطاعت آن لازم و مخالفت آن حرام است. مانند اوامر مبیّن وجوب نماز و روزه و مانند آن. حکم ارشادی دستوری است از شارع در موردی که انسان به درک عقلی خود آن را می‌فهمد و اثری بیش از همان حکم عقلی ندارد. حکم مولوی را تشبیه کرده‌اند به دستور والدین و حکم ارشادی را مانند دستور پزشک دانسته‌اند.

در اصل برائت از آنجا که عقل مستقل طبق قاعده قبح عقاب بلابیان آن اصل را درک می‌کند و می‌فهمد، ادله شرعی ارشاد و راهنمائی به همین درک و فهم است و حکمی مستقل و مولوی نمی‌باشد. پس، اصل برائت اصلی است عقلی نه شرعی.

۲۷۳ - *چه کسی می‌تواند اصل برائت را بکار برد؟*

ازنظر شرعی مردم به دو دسته تقسیم شده‌اند: مجتهد و مقلد:

مجتهد کسی است که بتواند احکام شرع را شخصاً از ادلۀ آن بفهمد و استنباط کند. چنین کسی باید به عقیدۀ خودش عمل کند.

مقلد کسی است که این قدرت و توانایی را نداشته باشد. اعم از اینکه بی‌سواد محض

---

۱ - **کفایة الاصول**، آخوند ملّا کاظم خراسانی، جلد دوم، صفحۀ ۲۰۳.

باشد یا اهل علم و اطلاع در علوم شرعی بوده ولی به درجهٔ اجتهاد نرسیده باشد و یا در رشته‌های علمی دیگر متخصص و متبحر باشد. چنین کسانی باید در مسائل مذهبی از مجتهد پیروی کنند و آنها را مقلد گویند. بکار بردن ادلهٔ استنباط احکام از وظائف مجتهد است و در بحث ما نیز این مجتهد است که باید برائت را به‌کار برد و تصمیم بگیرد. با این همه به نظر می‌رسد در شبهات موضوعی، آنجاکه از موضوعات شرعی نباشد، مقلدین نیز بتوانند شخصاً اصل برائت را بکار برند. زیرا وظیفهٔ مجتهد بیان حکم بوده و تشخیص موضوع به عهدهٔ مقلد است و چون مقلد در تشخیص موضوع صاحبنظر است، ناچار باید اجازهٔ به‌کار بردن اصول را در موضوعات داشته باشد. مثلاً هرگاه در حرمت نکاح زنی تردید باشد، به علت احتمال اینکه از اقارب نزدیک و از محارم باشد در اینجا مقلدین هم می‌توانند اصل برائت را جاری کنند.

بدیهی است در موضوعات شرعی که احتیاج به اعمال نظر و اجتهاد دارد، مقلد باید از مجتهد «استفتاء» کند و از او پیروی نماید. مثلاً هرگاه در نکاح زنی تردید باشد، به علت احتمال اینکه از محارم رضاعی باشد. چون قرابت رضاعی مفهومی است شرعی که درک آن احتیاج به نظر اجتهادی دارد، لذا در این گونه موارد مقلدین نمی‌توانند شخصاً اصل برائت را بکار برند.

۲۷۴ - *بکار بردن اصل برائت در حقوق موضوعه*

آیا می‌توان اصل برائت را در حقوق موضوعه نیز بکار برد؟ جواب این سؤال به‌نظر مثبت می‌رسد، به جهات زیر:

۱ - چنانکه گفته شد، مهم‌ترین دلیل حجیّت برائت قاعدهٔ عقلیِ: «قبح عقاب بلابیان» است و قاعدهٔ عقلی اختصاص به مذهبی قانونی، کشوری و مردمی معین ندارد و زمان و مکان در آن بی‌تأثیر است. قاعدهٔ عقلی کلی است و در همه جا بکار می‌رود. البته ممکن است بیان مطلب و عنوان اسامی تغییر کند ولی مفاد و حقیقت مطلب یکی است. مثلاً عقل ظلم و ستم را زشت و عدالت و دادگری را پسندیده می‌داند و این اختصاص به زمان و مکان و مردمی معین ندارد. پس چون اصل برائت نتیجهٔ درک روشن عقل است. در قوانین عرفی نیز قابل اعمال است.

۲ - به طوری که پیشتر هم اشاره شد، مادهٔ دوم قانون مجازات اسلامی این اصل را صریحاً پیش‌بینی کرده و می‌گوید: «.. هیچ امری را نمی‌توان جرم دانست مگر آنکه به موجب قانون برای آن مجازات یا... تعیین شده باشد» و این اصل که در حقوق جزا به نام «اصل قانونی بودن جرم» شناخته شده مفاداً منطبق است با اصل برائت. از اصل قانونی بودن مجازات‌ها که در

مادهٔ ۶ همان قانون آمده نیز می‌توان این مطلب را تا حدی استفاده کرد .

۳ – مادهٔ ۳۵۶ قانون آئین دادرسی مدنی پیشین نیز صریحاً اصل برائت را پذیرفته و آن را به همین نام بکار برده است. این ماده چنین است: «اصل برائت است. بنابراین اگر کسی مدعی حق یا دینی بر دیگری باشد باید آن را اثبات کند والاّ مطابق این اصل حکم به برائت مدعی علیه خواهد شد». شمارهٔ این ماده در اصلاحات بعدی تغییر یافته است.

۴ – مادهٔ ۱۲۵۷ قانون مدنی: «هرکس مدّعی حقی باشد باید آن را اثبات کند...» اصل عدم را تقریر کرده که در مواردی با اصل برائت تطبیق می‌کند. (در شمارهٔ ۲۶۴ به این مطلب اشاره شده است).

۵ – اصل برائت از چندین اصل قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران استفاده می‌شود و در اصل سی و هفتم به صراحت آمده است: «اصل، برائت است و هیچ‌کس ازنظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد».

قسمت دوم - اصل تخییر[1]

۲۷۵ - تعریف اصل تخییر

منظور از اصل تخییر این است که در موردی که تکلیف الزامی مردد باشد بین یکی از دو یا چند چیز و جمع بین آنها یا ترک همه ممکن نباشد، مانند الزام به نجات دو غریق، مکلف را در انتخاب یکی از آن دو کار مخیر سازیم. به‌طوری که از این تعریف فهمیده می‌شود اصل تخییر مانند اصل برائت از باب شک در تکلیف است، نه همچون اصل احتیاط از باب شک در مکلف‌به.[2]

۲۷۶ - موارد بکار بردن اصل تخییر

از بررسی گفتار اصولیین می‌توان مواردی برای تخییر پیدا کرد ولی همهٔ آنها را نمی‌توان اصل تخییر، به مفهومی که در باب اصول عملیه منظور است، دانست. موارد مزبور به قرار زیر است :

الف - تخییر بین دو یا چند دلیل متعارض.

ب - تخییر بین دو حکم متزاحم.

ج - تخییر بین محذورین

د - تخییر بین افراد واجب مخیر .

در مورد اول تا سوم تخییر به معنای «اصل تخییر» در باب اصول عملی است و در مورد چهارم به این معنا نیست. توضیح این مطلب در مباحث بعدی خواهد آمد.

الف - تخییر بین دو یا چند دلیل متعارض - در مورد تعارض دلیلین نظر و روش اصولیین متفاوت است و این بحث در شمارهٔ (۳۰۳) خواهد آمد. در اینجا فقط اشاره می‌شود که: هر گاه

---

۱ - این موضوع در کتاب **فرائد الاصول** شیخ انصاری، چاپ ۱۳۱۵، از صفحهٔ ۲۲۸ تا ۲۳۲ مورد بحث قرار گرفته است.

۲ - مأخذ پیش، صفحه ۱۸۳ .

دو دلیل با هم متعارض باشند و مرجحی برای انتخاب یکی از آنها وجود نداشته باشد مشهور محققان اصول عقیده دارند که علیٰ‌القاعده هر دو سقوط می‌کنند. ولی به مقتضای احادیث و اخبار باید به تخییر قائل شد و به‌طور خلاصه می‌گویند در مورد تعارض دو دلیل مقتضای قاعدهٔ عقلی تساقط هر دو و رجوع به اصول و قواعد کلی است که (***اَلدَّلیلانِ اِذا تَعارضا تَساقَطا***)، ولی ازنظر شرعی طبق احادیثی که رسیده باید قائل به تخییر شد. ذیلاً به گفتهٔ چند نفر از متأخران اشاره و به همین اکتفا می‌شود :

شیخ انصاری درکتاب فرائد الاصول[1] در این‌باره می‌نویسد: ***هٰذا ما یَقْتَضیهِ قاعِدَةُ...اِلاّ اَنَّ الاَخْبارَ الْمُسْتَفیضَةَ بَلِ الْمُتِواتِرَةَ قَدْ دَلَّتْ عَلیٰ عَدَمِ التَّساقُطِ... فَهَلْ یَحْکُمُ بالتَّخییرِ، اَوْ العَمَلِ بِما طٰابَقَ مِنْهُما الْاِحْتِیٰاطَ اَو الْاِحْتیاطِ... وُجُوهٌ، اَلْمَشْهُورُ وَ هُوَ اَلَّذي عَلَیْهِ جُمْهُورُ الْمُجْتَهِدینَ الاَوَّلُ***...یعنی: تساقط دو دلیل متعارض مطابق قاعده است... ولی اخبار مستفیض بلکه متواتر دلالت دارند بر عدم تساقط. در این صورت آیا حکم به تخییر می‌شود یا باید به آن دلیل که مطابق احتیاط است، عمل کرد یا باید معتقد به احتیاط شد؟ چند وجه است. وجه مشهوری که بیشتر مجتهدان برآنند، وجه اول (یعنی تخییر) است.

گفتار صاحب کفایه در این مورد چنین است[2] «***فَتَلَخَّص مِمّا ذَکَرْنا اَنَّ اِطْلاٰقاتِ التَّخْییرِ مُحَکَّمَةٌ***...» یعنی خلاصه آنچه گفتیم این است که اطلاقات تخییر حاکمند.

در تقریرات میرزای نائینی این مسأله بدین صورت آمده :[3]

قَدْ عَرَفْتَ اَنَّ الْقاعِدَةَ تَقْتَضي سُقُوطَ الْخَبرَیْنِ الْمُتَعٰارِضَیْنِ وَلٰکِنْ قَدْ اِسْتَفٰاضَتِ النُّصُوصُ علیٰ عدمِ السقوطِ... فَقیلَ بَالتَّخییرِ فی الاَخْذِ بَاَحَدِهِمٰا وَ قیلَ بالتَّوَقُّفِ وَ قیلَ بِوُجُوبِ الاَخْذِ بِما یُوافَقُ مِنْهُما الاِحْتِیاطَ اِنْ کانَ و اِلاّ فَالتَّخْییرُ... فَالاَقْویٰ هُوَالتَّخْییرُ مُطْلَقاً: کانَ اَحَدُهما مُوافِقاً لِلْاِحْتِیاطِ اوْ لَمْ یَکُنْ.

یعنی: دانستید که قاعده مقتضیِ سقوط دو خبر متعارض است ولی اخبار مستفیض داریم که سقوط نمی‌کنند... برخی گفته‌اند تخییر است در انتخاب یکی از آن دو خبر، برخی معتقد به توقف شده‌اند و عقیده سوم این است که باید آن را که موافق احتیاط است، برگزید، اگر وجود داشته باشد، وگرنه تخییر است. اقوا تخییر است مطلقاً خواه یکی از آنها موافق احتیاط باشد یا نباشد .

---

۱ – **رسائل**، شیخ انصاری، تعادل و تراجیح، مقام اول در متکافئین، صفحه ۴۴۰ .

۲ – **کفایة الاصول**، آخوند ملّا محمد کاظم خراسانی، جلد دوم، صفحهٔ ۳۹۵ و ۳۹۶.

۳ – **فوائد الاصول**، کاظمی – نائینی، بحث تخییر .

ب - تخییر بین دو حکم متزاحم: به طوری که در تعارض ادله خواهد آمد هرگاه دو حکم چنان جعل شده باشند که ازنظر قانونگذار هر دو مطلوب باشند ولی در عمل نتوان هر دو را جمع کرد و تنها انجام یکی از آنها مقدور باشد، چنین وضعی را تزاحم دو حکم گویند و مکلف در انجام هریک مخیر است مانند نجات دو غریق. مگر اینکه یکی از آنها اهمیت بیشتری داشته باشد که در این صورت مکلَّف باید آن راکه مهمتر است مقدم دارد (شمارهٔ ۳۰۵ ملاحظه شود) و معنای *اَلْاَهَمُّ فَالْاَهَمُّ* همین است.

در اینجا سؤالی پیش می‌آید و آن این است که در صورت ترک اهم آیا مهم مأمورٌ به هست یا نیست، یعنی: آیا انجام مهم مطلوب است یا نه ؟ اصولیین متأخر با استفاده از «قاعدهٔ ترتّب» انجام مهم را مطلوب دانسته‌اند. (در شمارهٔ ۳۰۵ نیز به همین قاعده اشاره می‌شود).

مثالی برای تزاحم: هرگاه یکی دیگری را اجبار به قتل شخص سوم نماید و تهدید کند که اگر او را نکشی خودت را می‌کشم فقها معتقدند به حرمت قتل و قصاص از مکره (به فتح راء) و حبس مؤبد مکره (به کسر راء). ولی برخی معتقدند به عدم حرمت قتل در این فرض و به عدم قصاص مکرَه و مجبور و به وجوب دیه بر او و حبس مؤبّد برای مکره (به کسر راء). زیرا مسأله را از باب تزاحم می‌دانند.[۱]

ج ـ تخییر بین محذورین: سومین مورد تخییر را تخییر بین محذورین دانسته‌اند و منظور از آن این است که گاهی به‌طور اجمال می‌دانیم که حکمی الزامی داریم ولی نوع الزام را نمی‌دانیم که الزام به انجام آن داریم یا به ترک آن و به تعبیر دیگر تکلیف بین حرمت و وجوب چیزی مردد است. در این مورد اقوال و عقاید مختلف است: بعضی از اصولیین به برائت عقلی و شرعی معتقدند، برخی معتقد به لزوم یکی از آنها هستند، قول سوم تخییر عقلی و توقف شرعی و قول چهارم تخییر عقلی و اباحهٔ شرعی است.

صاحب کفایه پس از نقل اقوال بالا آخرین قول را برمی‌گزینند.[۲]

به عقیدهٔ میرزای نائینی[۳] هیچ کدام از اصول شرعی و عقلی در این مورد قابل اجرا نیست و تخییری که در این مورد گفته شد، تخییری است عقلی و تکوینی، بدین توضیح که انسان در چنین وضعی یکی از دو حالت را برمی‌گزیند یا فعل یا ترک آن را و این برگزیدن و انتخاب

---

۱ - **تکملة المنهاج،** آیت الله خوئی، جلد دوم، صفحهٔ ۱۳.

۲ - **کفایة الاصول،** آخوند ملّا محمدکاظم خراسانی، جلد دوم، صفحهٔ ۲۰۳.

۳ - **تقریرات** نائینی / کاظمی، ج۳، ص ۱۶۲ به بعد.

تکوینی است یعنی احتیاجی به قصد و اراده ندارد، وضعی است موجود که احتیاج به ایجاد ندارد و به همین جهت نمی‌تواند متعلق تکلیف باشد.

به‌طور خلاصه، در مورد بالا قول به تخییر عقلی بیشتر مورد قبول متأخرین اصولیین قرار گرفته است هرچند بیان آنها باهم متفاوت است .

مثال دیگر: برای دَوَران امر بین محذورین ـ اصولیین مثال‌هائی آورده‌اند که برخی از آنها مورد انتقاد شیخ انصاری (ره)[1] در کتاب رسائل قرار گرفته و خودشان مثال می‌زنند به اینکه: «هر گاه اکرام عادل واجب و اکرام فاسق حرام باشد و حال زید مشتبه باشد که عادل است یا فاسق...». با توجه به این مثال می‌توان مثال زد که هرگاه راه دادن به اعضای شرکتی در مجمع عمومی را لازم و راه دادن به غیر عضو را ممنوع بدانیم و وضع شخصی مشتبه باشد که عضو است یا نیست، در اینجا مسؤولان امر دچار دو محذور می‌شوند زیرا فعل یا ترک آن ممکن است واجب یا حرام باشد.

د - *تخییر بین افراد واجب مخیر:* به طوری که در اقسام واجب گذشت، نوعی از واجب، واجب تخییری است و بدین نحو است که دو یا چند چیز مورد یک خطاب و یک تکلیف قرار گیرند مانند «خصال کفارات» و مجازات‌هائی که به صورت مخیر در قانون پیش‌بینی شده است. لکن باید توجه داشت که این موارد از اصل تخییر خارج است. زیرا خود مستند به دلیل خاص است. در اینجا تخییر حکمی است واقعی ولی در موارد دیگر، که گفته شد، اصل تخییر حکمی است ظاهری.

مثال دیگر: در داستان حضرت موسیٰ (ع) آمده است که حضرت شعیب (ع) به او گفت می‌خواهم یکی از این دو دخترانم را به ازدواج تو در آورم، در برابر هشت سال خدمت شبانی و اگر خواستی ده سال. موسیٰ (ع) پاسخ می‌دهد: هریک از این دو مدت را بگذرانم، کافی باشد. بدین ترتیب دو کار به صورت واجب مخیر مورد مهر قرار می‌گیرد و بر موسیٰ واجب می‌شود.[2]

---

۱ - **رسائل**، شیخ مرتضی انصاری، چاپ ۱۳۱۵، ص ۲۳۲.

۲ - آیات ۲۷ و ۲۸ از سوره قصص .

قسمت سوم - اصل احتیاط و اشتغال[1]

۲۷۷ - تعریف اصل احتیاط

اصل احتیاط، اصالة الاحتیاط، اصل اشتغال و اصالة الاشتغال همه به یک معنا هستند و منظور از آنها این است که، در جایی که تکلیف و وظیفه معلوم است ولی در انجام و اتمام آن تردید باشد، بگوییم: باید چنان عمل کرد که یقین قطعی به انجام تکلیف پیدا شود. مثلاً هرگاه بدانیم که به یکی از دو نفر مبلغی بدهکاریم ولی درست ندانیم به کدام‌یک بدهکاریم و با تحقیق از آنها هم تکلیف قطعی روشن نشود، ناچار باید آن مبلغ را کلاً به هر دو نفر پرداخت کنیم یا به نحوی وسیلهٔ اسقاط تکلیف را نسبت به هر دو فراهم سازیم. زیرا اشتغال ذمهٔ یقینی برائت ذمهٔ یقینی لازم دارد. تا یقین به برائت ذمه و اسقاط تکلیف حاصل نشود نمی‌توان خود را

---

۱ - این موضوع در کتاب **فرائد الاصول** شیخ انصاری، چاپ ۱۳۱۵ از صفحهٔ ۲۳۲ تا ۳۱۳ مورد بحث قرار گرفته است.

موارد اصالة الاحتیاط طبق عقیدهٔ شیخ انصاری (ره) چنین است :

مجرای احتیاط شک در «مکلف به» است و این بحث دارای سه مطلب است :

مطلب اول ـ تردید میان حرام و غیر واجب. این مطلب دارای چهار مسأله است :

مسئلهٔ اول - تردید ناشی از شبههٔ موضوعی. شیخ (ره) پس از بیان مسأله اول در آخرین مطلب اشاره فرموده که حکم سه صورت دیگر نیز از همین مسأله فهمیده می‌شود) که دارای دو مقام (دو صورت) است :

مقام اول - شبههٔ محصوره باشد، احتیاط واجب است

مقام دوم - شبههٔ غیر محصوره باشد، مخالفت قطعی حرام است (احتیاط). ولی موافقت قطعی واجب نیست.

باید توجه داشت که مورد این مطلب تماماً متباینان است نه اقل و اکثر. چه، در غیر این صورت قضیه می‌شود شک در تکلیف نه در مکلف به.

مطلب دوم - تردید میان واجب و غیر حرام و آن بر دو گونه است :

ادامه پاورقی در صفحه بعد

بری‌ءالذمه دانست. و نیز هرگاه دین و دائن معلوم ولی در مقدار دین تردید باشد، باز جای اعمال اصل احتیاط است.[۱] چنانکه در مسئلهٔ ضمان مال تلف شده هرگاه در مثلی و قیمی بودن آن شک باشد، برخی از فقهاء حق انتخاب را به مالک داده‌اند[۲].

۲۷۸ - *اصل احتیاط در کجا باید به کار برده شود؟*

پیشتر، در مبحث برائت، اشاره شد که احتیاط در هر جا که ممکن باشد، ممدوح و پسندیده است. اما در کجا لازم است و باید به کار برود و به عبارت دیگر مورد وجوب احتیاط کجاست؟

مورد وجوب اعمال اصل احتیاط، درنظر اصولیین، مورد شک در «مکلف به» است. ولی اخباری‌ها مورد دیگری را نیز بر آن افزوده‌اند که در قسمت اول مجرای اصل برائت گفته شد. به بیان دیگر اخباری‌ها برخی از موارد شک در تکلیف (شبههٔ حکمی تحریمی) را نیز جای به کار بردن احتیاط می‌دانند، یعنی احتیاط را در آن مورد نیز واجب می‌شمارند. لکن چون این بحث را تمام کردیم و به این نتیجه رسیدیم که شک در تکلیف جای به کار بردن اصل برائت است دیگر دراین باره سخن را کوتاه کرده و به‌طور خلاصه می‌گوئیم که: مورد وجوب به کار بردن اصل احتیاط موارد شک در مکلّف به است .

ادامه پاورقی از صفحه قبل

۱ - تردید میان متباینان مانند تردید میان وجوب نماز ظهر یا نماز جمعه و دارای صور زیر است :

الف ـ تردید ناشی باشد از عدم نصّ، حکم آن وجوب احتیاط است.

ب - تردید ناشی باشد از اجمال نصّ، حکم آن وجوب احتیاط است.

ج - تردید ناشی باشد از تعارض دو نصّ، حکم آن تخییر است.

د - تردید ناشی باشد از شبههٔ موضوعی، حکم آن وجوب احتیاط است.

۲ - تردید میان اقل و اکثر، گرچه سه فرض دارد ولی حکم آنها یکسان است و صور هریک به شرح زیر است: (ظاهر نوشته‌های شیخ (ره) اقل و اکثر ارتباطی است و اقل و اکثر استقلالی را بیان نفرموده‌اند.)

- تردید ناشی باشد از عدم نص، حکم آن برائت است.
- تردید ناشی باشد از اجمال نص، حکم آن برائت است.
- تردید ناشی باشد از تعارض دو نص، حکم آن تخییر است، مگر اینکه اطلاقی در کار باشد.
- تردید ناشی از شبهه موضوعی باشد، حکم آن احتیاط است.

مطلب سوم - تردید میان واجب و حرام (با علم به التزام)، حکم آن تخییر است.

۱- **تقریرات نائینی - کاظمی**، تتمهٔ مجلد دوم، فصل دوم، صفحهٔ ۳ به بعد.

۲- **مکاسب** شیخ انصاری، صفحهٔ ۱۰۶.

۲۷۹ - شک در «مکلف به»

صور شک در مکلف به، که جای به کار بردن اصل احتیاط است، متعدد است که در زیرنویس شمارهٔ ۲۷۷ آورده شد و می‌توان آن را به تفصیل در کتاب تقریرات مرحوم میرزای نائینی هم دید.

مهم‌ترین آنها عبارتند از: تردید بین متباینین، مثل تردید بین طلبکاران و تردید بین اقل و اکثر. اولی تقسیم می‌شود به شبههٔ محصوره و شبههٔ غیر محصوره. شبههٔ محصوره مانند اینکه بدانیم ماهی یکی از دو فروشگاه فاسد و مسموم است و باید از خوردن آن پرهیز شود و شبههٔ غیر محصوره مانند آنکه بدانیم یک بار کامیون ماهی وارد تهران شده است. و دومی - یعنی تردید بین اقل و اکثر - تقسیم می‌شود به اقل و اکثر ارتباطی، مثل تردید بین مبلغ دین از یک جنس مانند ریال و تومان .و اقل و اکثر غیر ارتباطی، مثل تردید در مبلغ دین به واسطهٔ تردید در نوع ارز خارجی. از آنجا که فایدهٔ عملی این بحث در حقوق موضوعه کم است دامنهٔ مطلب را همین جا کوتاه کرده از بحث دربارهٔ حکم هریک و اختلاف نظر در مورد آن خودداری می‌کنیم .

شبههٔ محصوره و شبههٔ غیر محصوره

اکنون که بحث به شبههٔ محصوره و شبههٔ غیر محصوره کشیده شده این دو اصطلاح را به اختصار تعریف می‌کنیم.

شبههٔ محصوره آن است که مورد شبهه و تردید متعدد بوده ولی دچار شدن به آن عادتاً ممکن باشد. مانند اینکه یکی از ده قطعه فرش موجود در منزلی دزدی باشد.

شبههٔ غیر محصوره آن است که مورد آن بقدری زیاد باشد که دچار شدن به تمام آنها عادتاً ممکن نباشد. مانند اینکه یکی از صدها قطعه فرش موجود در شهری دزدی باشد.[1]

موارد وجوب احتیاط

۱ - شبهه حکمی پیش از فحص. مانند آنکه احتمال رود تأخیر در ادای امانت با مطالبه مالک خیانت در امانت تلقی شود، جرم باشد و مجازات داشته باشد. در اینجا فحص و تحقیق واجب است.

۲ - جائی که یقین به اشتغال ذمه داشته باشیم. مانند آنکه قیم مال مولّیٰ علیه را به او

---

۱ - **قواعد فقه**، محمدتقی آل فقیه، زیر عنوان شبهه محصوره و غیر محصوره.

تحویل دهد در حالی در که بلوغ و رشد او تردید دارد. در اینجا باید احتیاط کند تا یقین حاصل نماید که مولّیٰ‌علیه او بالغ و رشید شده است.

۳ - شک در اطراف علم اجمالی. مانند آنکه علم اجمالی داشته باشیم که مالی از دیگری جزو اموال ما است و دقیقاً آن مال را ندانیم چیست. در اینجا با جمع سه شرط احتیاط واجب است :

یکی اینکه شبهه محصوره باشد. مثلاً آن مال مردد باشد میان یک تخته قالی در میان دو سه قالی .

دوم آنکه تمام اطراف شبهه مورد ابتلاء باشد. یعنی هم اکنون احتمال تصرف ما در مال غیر وجود داشته باشد .

سوم آنکه مضطر و ناچار به تصرف در یکی از آن اموال نباشیم.

شرح هریک از اینها مفصل است و فعلاً از آن می‌گذریم.

۲۸۰ - *نمونه‌ای از اصل احتیاط*

عدم انقضاءِ اکثر مدت حمل :

شرعاً برای مدت حمل حداکثر معین نشده. اخبار مختلف و در نتیجه عقاید فقها نیز در این باره متفاوت است.

مشهور فقها برآنند که مدت حمل نه ماه: مبدءِ آن لحظه آمیزش و انتهای آن لحظه وضع حمل است. اخبار فراوانی براین عقیده وارد شده است .[1]

برخی آن را ۱۰ ماه گفته‌اند از جمله: علامه حلّی در تبصره و محقق حلّی در شرایع. قانون مدنی ایران هم در مادهٔ ۱۱۵۸ این قول را برگزیده است.[2]

سومین عقیده از سید مرتضیٰ در کتاب *انتصار* است که آن را یک سال دانسته و شهید ثانی در **مسالک** نیز آن را نیز به صواب شمرده، علامه حلّی در کتاب **مختلف** آن را پذیرفته و سید محمد کاظم یزدی از فقهای متأخر هم در **حاشیه تبصره** آن را قبول کرده است .

از این سه عقیده برحسب دلیل و فتویٰ، عقیدهٔ اول قوی‌تر و دومی متوسط و سومی

---

۱ - **وسائل الشیعه**، کتاب نکاح، احکام اولاد، باب ۱۷ .

۲ - ماده ۱۱۵۸ - «طفل متولد در زمان زوجیت ملحق به شوهر است مشروط بر اینکه از تاریخ نزدیکی تا زمان تولد کمتر از ۶ ماه و بیشتر از ۱۰ ماه نگذشته باشد.»

ضعیف است. ولی به طوری که برخی از فقها[1] نوشته‌اند، قول اخیر مرجحی دارد که دو قول اول ندارند و آن این است که این قول مقرون به احتیاط است و احتیاط در باب نسب، خانواده، حیثیت و عرض مردم مسأله‌ای است بسیار مهم و لازم الرعایه. توضیح آنکه، به طوری که شهید ثانی در مسالک[2] آورده است، احادیثی از پیشوایان دین رسیده است که به مسأله احتیاط توجه خاص داشته‌اند. ازجمله اینکه از امام (ع) می‌پرسند زن جوانی که در سن عادت است، طلاق داده می‌شود ولی عادت نمی‌بیند. عده او چه مدت است؟ جواب می‌دهند: سه ماه. می‌پرسند: اگر زن ادعای حاملگی نماید چطور؟ جواب می‌شنوند که در این صورت عده‌اش نه ماه است. راوی می‌پرسد: آیا می‌تواند شوهر کند؟ جواب می‌فرمایند که سه ماه دیگر احتیاط کند و پس از آن شک و تردیدی به خود راه ندهد و شوهر کند.[3] حدیث دیگری نیز به همین مضمون است که: هرگاه مردی زنش را طلاق دهد و زن ادعای حمل کند، نه ماه صبر کند اگر بچه به دنیا آید، عده‌اش تمام است وگرنه سه ماه دیگر عده نگه دارد.[4] به‌طوری که ملاحظه می‌شود، امام (ع) با تصریح به اینکه مدت حمل نه ماه است «*انّما الحملُ تِسعةُ اشهرٍ*»، امر می‌فرمایند به اینکه سه ماه دیگر احتیاط کند و عده نگه دارد. بنابراین ملاک یک سال بودنِ مدت حمل احتیاط است که از جهات زیر لازم الرعایه است :

الف – معمول و متعارف در مدت حمل نه ماه است، ولی ادعا شده که برخی تا یک سال هم حامله بوده‌اند. لذا وجود این احتمال موجب رعایت احتیاط است. این ادعا از آن جَهت قابل قبول است که اصولاً حساب مدت عادت و پاکی و تشخیص خون حیض از غیر آن برای زنان مشکل است و مسأله هم‌طوری نیست که همیشه و همه جا و به آسانی بتوان از دیگری کمک مؤثری گرفت.

ب – مسئلهٔ نسب در دین اسلام از مسائل مهم خانواده و زندگی اجتماعی بوده و هست و لذا رعایت احتیاط در آن بسیار حائز اهمیت خواهد بود.

ج – حیثیت خانواده، شوهر، زن و فرزندی که چنین احتمالی درباره‌اش می‌رود، در گروی این امر است که مدت حمل را یک سال دانسته و همه چیز را درست کنیم یا آن را نه ماه

---

۱ – **قواعد الفقهیه**، بجنوردی، کتاب چهارم، صفحهٔ ۳۷.

۲ – **مسالک الافهام**، شهید ثانی، کتاب نکاح، باب نسب.

۳ – **وسائل الشیعه**، کتاب طلاق، باب ۲۵ از ابواب عده.

۴ – همان.

اعلام کنیم و همه را بی‌آبرو و لکه‌دار نمائیم.

د - این احتیاط موجب دوام و بقای خانواده می‌شود و نفی آن - یعنی اعتقاد به این که مدت حمل نه ماه است نه بیشتر - ممکن است سبب متلاشی شدن خانواده شود.

ه - از نظر اصولی هم این عقیده قابل دفاع است. زیرا تا جایی که قطع و یقین برخلاف اماره نباشد، اماره قابل اعمال است و اطلاق «الولد للفراش» همهٔ موارد محتمل را فرا می‌گیرد.

انقضای این مدّت و گذشت این دورهٔ زمانی مانع اجرای این اماره و مانع الحاق حمل به صاحب فراش، یعنی زوج است .

نتیجه آنکه بهتر است اکثر مدّت حمل را یک سال بدانیم.

۱/ ۲۸۰ - *تعارض دو احتیاط*

این احتیاط به دلائل گفته شده در جائی که ممکن باشد مستحسن و پسندیده است. مثل مورد طلاق یا فوت شوهر پیش از نکاح دیگر. ولی همیشه و همه جا رعایت این احتیاط ممکن نیست، بلکه گاهی معارض با احتیاط از طرف دیگر می‌شود. مثلاً هرگاه زنی پس از عده شوهر کند و پس از ده ماه از وطی شوهر اول و شش ماه از وطی شوهر دوم فرزندی بیاورد، رعایت احتیاط در کدام است؟ آیا باز هم می‌توان گفت احتیاط در این است که مدت حمل را یک سال بگیریم ؟

در اینجا دو اصل احتیاط، تعارض و تساقط می‌کنند و امارهٔ فراش بلامعارض جاری و فرزند ملحق به شوهر دوم است .از این رو مادهٔ ۱۱۶۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «... در صورتی که مطابق مواد قبل الحاق طفل به هر دو شوهر ممکن باشد طفل ملحق به شوهر دوم است. مگر اینکه امارات قطعیه برخلاف آن دلالت کند».

قسمت چهارم - اصل استصحاب[1]

۲۸۱ - تعریف استصحاب و عناصرِ آن

استصحاب در لغت به‌معنای به‌همراه داشتن و همراهی است[2] و در اصطلاح فقه، اصول فقه و حقوق، معنائی نزدیك به معنای لغوی آن دارد. کوتاه‌ترین تعریفی که از آن شده عبارت است از «ابقاءُ ماکان»[3] یعنی حکم به بقای آنچه پیشتر وجود داشته. بدین توضیح که هرگاه یقین داشته باشیم که چیزی در زمانی وجود داشته و حالا شك داشته باشیم که در زمان بعد از آن هم وجود دارد یا خیر؟ آن را موجود فرض می‌کنیم. مثلاً هرگاه ندانیم که سربازی که به جبههٔ جنگ اعزام شده، کشته شده، مرده یا زنده است؟ زنده بودن او را، که تا چندی پیش یقین داشته‌ایم، می‌پذیریم و با تردید در واقعیت، حکم به بقای او می‌کنیم و آثار و احکام شرعی و حقوقی زنده را بر او جاری می‌سازیم و می‌گوئیم همسر او باید همچنان بماند و شوهر دیگری اختیار نکند، اموال و دارائیش نباید تقسیم شود و حقوق او را باید مانند گذشته محفوظ داشت.
این اصل را قدما «استصحاب حالت سابقه» و متأخرین «استصحاب» نام نهانده‌اند، تعبیر اوّل کاملاً رسا و تعبیر دوّم مبنی‌بر حذف و مسامحه است.
استصحاب از اصول محرزه است (رجوع شود به بند ۵ شماره ۲۶۱).

عناصر استصحاب

از تعریفی که گذشت فهمیده می‌شود که عناصر استصحاب عبارتند از:

---

۱ - این موضوع در کتاب **فرائدالاصول** شیخ انصاری، از صفحهٔ ۳۱۴ تا ۴۳۲ موردبحث قرارگرفته است.

۲ - **تاج العروس - اِسْتَصْحَبَهُ دَعَاهُ اِلیَ الصُّحْبَة وَ لازَمَه.**

۳ - **رسائل،** شیخ انصاری، اوّل باب استصحاب. این تعریف را میرزای نائینی نپسندیده و آن را چنین تعریف کرده است: «**الاستصحاب عبارة عن عدم انتقاض الیقین السابق المتعلق بالحکم او الموضوع من حیث‌الاثر و الجری العلمی، بالشك فی‌بقاءِ متعلق‌الیقین**» **تقریرات** نائینی - کاظمی، استصحاب صفحهٔ ۱۰۷.

۱- یقین سابق

منظور از این عنصر این است که چیزی را که می‌خواهیم استصحاب کنیم باید به وجود آن در زمان گذشته قطع و یقین داشته باشیم. مانند یقین به زنده بودن آن سرباز در مثال پیش.

۲- شك لاحق

در اینجا منظور این است که چیزی را که یقین داشته‌ایم، هم اکنون مورد تردید قرار گرفته باشد. مثلاً مدّتی از آن سرباز خبری نرسیده و از مرگ و زندگی او بی‌خبر مانده‌ایم و سازمانی هم که این سرباز در آن خدمت می‌کرده از مرگ و زندگی او خبری ندارد و بدین‌ترتیب شك و تردید پیدا می‌شود که او مرده، کشته شده یا هنوز زنده است؟

۳- وحدت متیقن و مشکوك (وحدت موضوع)

آنچه را می‌دانسته‌ایم و یقین به آن داشته‌ایم، متیقن گویند و مشکوك چیزی است که مورد شك و تردید واقع شده. برای امکان استصحاب لازم است که متیقن و مشکوك یکی باشد و به تعبیر دیگر متعلق و شك باید وحدت داشته باشد. چنانکه در مثال بالا متیقن و مشکوک زنده بودن سرباز است. مثال دیگر مسألهٔ بقاء بر تقلید میت است به شرحی که در شماره ۳۲۰ خواهد آمد. (این شرط مبنای عقیده درمورد حجّت و عدم حجّت استصحاب کلّی است که اندکی بعد در شمارهٔ ۲۹۲ به بعد بدان خواهیم پرداخت).

مسئله: طبق ماده ۸۷۵ قانون مدنی شرط ارث بردن حمل این است که زنده بدنیا آید. آیا با شك در این امر می‌توان آن را با استصحاب ثابت کرد؟ پاسخ مبتنی است بر این وضع که حمل و نوزاد را یك چیز بدانیم یا ندانیم. اگر این دو را یك چیز بدانیم اصل استصحاب جاری و پاسخ مثبت است وگرنه، نه.

مسئله دیگر: پدر دختر صغیر می‌تواند او را تزویج نماید. در استقلال نظر پدر دختر کبیر نسبت به تزویج او اختلاف نظر است. برخی از فقهاء به استناد استصحاب همین عقیده را دارند. صحت این استصحاب مبتنی است براینکه موضوع آن را واحد بدانیم، درحالی‌که کبیر عنوانی غیر از عنوان صغیر است.

۴- تعدد زمان متیقن و مشکوك

باید بین شك و یقین و مشکوك و متیقن فرق قائل شد : شك و یقین صفت انسان است

ولی مشکوك و متیقن چیزی است که این صفات به آن تعلق می‌گیرند. این دو صفت با هم متضادند و متعلق آن دو باید متعدد باشند و چون عنصر سومِ استصحاب وحدتِ متیقن و مشکوك، یعنی: وحدت موضوع، بود ناچار باید زمان آن دو متعدد باشد تا آن موضوع بتواند متعلق دو صفت متضاد قرارگیرد. چنانکه در مثال بالا گذشت اگر چه متعلق شك و یقین زنده بودن سرباز است ولی زمان آن متعدد است : زمان متعلق شك، حال و زمان متعلق یقین، گذشته است. (فقدان این عنصر به صورت شك ساری جلوه‌گر می‌شود که نمی‌توان آن را استصحاب کرد و در شمارهٔ ۲۹۰ زیر عنوان شك ساری یا قاعدهٔ یقین مورد بررسی قرار خواهد گرفت).

۵- *تقدم زمان متیقن برزمان مشکوك*

عنصر چهارم استصحاب عبارت بود از تعدد زمان متیقن و مشکوك. در اینجا می‌خواهیم اضافه کنیم که باید علاوه بر تعدد زمان آنها زمان متیقن مقدم باشد بر زمان مشکوك. در مثال بالا (مثال سرباز) این عنصر نیز وجود دارد. ولی چنانچه این شرط موجود نباشد و زمان متیقن مؤخر باشد، آن را «استصحاب وارونه، استصحاب قهقرائی» گویند که صحت و حجیّت آن جای تردید است.[1] مثلاً پدر صغیر اگر ملیء (دارا) نباشد می‌تواند از مال صغیر، نفقهٔ خود را بردارد. حال اگر ولی صغیر در سال ۱۳۴۷ ملیء نباشد و مدعی شود که از سال ۱۳۴۰ ملیء نبوده و نفقه را برداشته است و دلیلی بر عدم ملائت پدر در قبل از سال ۱۳۴۷ در دست نباشد، آیا می‌توان عدم ملائت سال ۱۳۴۷ را به طرف سال ۱۳۴۰ استصحاب کرد؟... حکم تمیزی شمارهٔ ۱۹۴۶ - ۶۷۳ مورخ ۱۳ / ۵ / ۱۳۱۰ می‌گوید: « در باب مرور زمان به استصحاب قهقرائی نمی‌توان استناد کرد». باید توجّه داشت که عدم حجّیت استصحاب قهقرائی منحصر به مرور زمان نیست.

در خصوص ظهور الفاظ استصحاب قهقرائی حجت است[2].

۶- *وحدت زمان شك و یقین*

منظور از این عنصر این است که در حال حاضر، هم شك داشته باشیم و هم یقین. البته یقین در وجود چیزی در زمان گذشته و شك در باقی بودن آن تاکنون.

---

۱ - **دانشنامه حقوقی**، دکتر جعفری لنگرودی، جلد اول، چاپ دوم، صفحهٔ ۳۰۵ و ۳۰۶.

۲ - **انوار الاصول**، مکارم شیرازی، ج ۱، ص ۷۳ به نقل از برخی از اصولیین.

۷- فعلیت یقین و شك

منظور از آن این است که شخص به چنین حالت و وضعی که دارد، التفات و توجّه داشته باشد. و این شرط بیشتر در عبادات می‌تواند منشاءِ اثر باشد و لذا از شرح آن خودداری و به آوردن مثالی اکتفاء می‌شود:

مثلاً هرگاه کسی می‌دانسته وضوء نداشته ولی غافل از آن حال نماز خوانده باشد و پس از فراغ از نماز شك کند که با وضوء نماز خوانده یا بی‌وضوء به «قاعدهٔ فراغ» شك او بی‌اثر است. درحالی که اگر پیش از نماز به حال خود توجه و التفات داشت، اصل استصحاب عدم وضوء جاری می‌شد و می‌بایست وضوء می‌گرفت. به بیان دیگر چون یقین و شك او فعلیت نداشته استصحاب جاری نمی‌شود.[۱]

نکته - از این هفت عنصر سه عنصر اول مهمّند و بقیه به وحدت موضوع برمی‌گردند.

۲۸۱/۱ - مثال‌هائی برای استصحاب

در ضمن بحث از استصحاب مثال‌هائی برای آن آورده شده از جمله:

۱- استصحاب وجود غائب مفقودالاثر.

۲- استصحاب وضوء درجائی که احتمال خواب رفتن در بین باشد.

۳- استصحاب استقلال وصی درصورتی که کبیری و صغیری وصی قرار داده شده باشند و صغیر پیش از بلوغ بمیرد یا باحالت دیوانگی بالغ شود. (جواهر، ج ۲۸، ص ۴۰۴).

۲۸۲ - مبنای حجّیت استصحاب

در مبنای حجّیت استصحاب عقائد مختلف است:

۱- برخی عقیده دارند که مبنای حجیت استصحاب بنای عقلا است و ترجمهٔ عبارت میرزای نائینی[۲] در این باره چنین است: طریقهٔ عقلائی بر عمل به حالت سابقه و بی‌اعتنائی به شك در آن استقرار یافته ... و اگر چنین نمی‌بود اختلال نظام به عمل می‌آمد. مرحوم استاد شهابی[۳] در این مورد به سیرهٔ عقلا تعبیر کرده و بیان آن به همین نحو است.

---

۱ - **تقریرات**، میرزای نائینی - کاظمی، ج ۴، ص ۱۱۲.

۲ - **تقریرات** نائینی - کاظمی، باب استصحاب، صفحهٔ ۱۹۵-۱۹۷.

۳ - **تقریرات اصول**، مرحوم استاد شهابی، صفحهٔ ۱۲۴ و ۱۲۶.

۲- بعضی مبنای آن را غریزه و فطرت دانسته‌اند. مرحوم دکترامامی[1] در این‌باره چنین نوشته: عقلِ ساده و منطقِ اجتماع استصحاب را حجت می‌داند و حیوانات از روی غریزه طبیعی از آن پیروی می‌نمایند. ولی با توجه به اینکه در عنصر هفتم استصحاب گفتیم توجه و التفات به حالت یقین و شک از عناصر استصحاب است، رفتار غریزی را نمی‌توان استصحاب دانست.

۳-گروهی استصحاب را دلیل عقلی دانسته و حجّیت آن را به جهت حصول ظن و گمان به بقای حالت سابقه پنداشته‌اند.[2]

۴- دسته‌ای آن را دلیلی عقلی دانسته و حجّیت آن را به واسطهٔ استقراءِ احکام شرعی دانسته‌اند که در هر جا که سابقاً یقینی وجود داشته، شرع آن را معتبر شناخته است تا خلاف آن ثابت شود.

۵- علمای متأخر حجّیت آن را از باب اخبار دانسته‌اند و دراین باره چند خبر از ائمهٔ معصومین (علیهم السلام) نقل کرده‌اند، شیخ انصاری می‌نویسد :

تا آنجا که من می‌دانم، اولین کسی که حجیّت استصحاب را به واسطهٔ اخبار دانسته پدر شیخ بهائی در کتاب عِقد طهماسبی بوده است. این دانشمند معاصر شاه طهماسب صفوی (نیمهٔ دوّم قرن دهم هجری) بوده وکتاب خود را به نام او نامیده است.

اخباری که به آنها استناد شده متعدد است از جملهٔ آنهاست خبر زراره بدین عبارت: ***«فَاِنَّه علیٰ یقینٍ مِن وضوئِه و لا ینقُض الیقینَ بالشكِ بل یَنْقُضُه بِیَقینٍ آخَر...»*** و خبری که از حضرت علی (ع) روایت شده : ***«مَن کانَ علیٰ یقینٍ فاصابه شكٌ فَلْیَمْضِ علیٰ یقینهِ فَاِنَّ‌الشكَ لا یَنْقُضُ الیقینَ».***

۶- مؤلف دانشنامهٔ حقوقی[3] در این باره می‌نویسد: نوعی مصلحت اندیشی در کمال بداهت، انسان را وادار به استصحاب می‌کند.

۲۸۳ - *سابقهٔ تاریخی استصحاب*

از نظر تاریخی، استصحاب مانند پدیده‌ای طبیعی مراحل تکامل را قدم به قدم پیموده است. بدین‌معنا که دستوری شرعی یا حکمی عقلی مسلم نبوده که از اول مورد قبول قرارگرفته باشد، بلکه زمانی به‌طور گمنام و ناشناخته بوجود آمده، کم کم نامی به او داده‌اند و در این مرحله در درستی و نادرستی آن بحث و جدل‌هائی پیش آمده و سرانجام از میان مباحثات وسیع

---

۱ - **حقوقی مدنی**، دکتر سیدحسن امامی، مقدمهٔ جلد دوم.

۲ - **فرائدالاصول**، شیخ انصاری، استصحاب.

۳ - **دانشنامهٔ حقوقی**، دکتر لنگرودی، جلد اول، چاپ دوم، صفحهٔ ۳۰۳.

به صورت اصلی پابرجای رخ نموده است.

پیدایش اصل استصحاب از ابتکارات شافعیه بوده و تکامل آن مرهون کوشش‌های دامنه‌دار اصولیین شیعه می‌باشد.[۱] به‌طوری که شیخ طوسی در کتاب عدةالاصول می‌نویسد:

بیشتر متکلمان و گروه زیادی از پیروان ابوحنیفه آن را نپذیرفته‌اند، ولی بیشتر پیروان شافعی آن را حجت دانسته‌اند.

قدمای امامیه در این مسأله اختلاف داشته‌اند: شیخ مفید (استاد سید مرتضی و شیخ طوسی) معتقد به حجّیت آن شده، محقق صاحب شرایع را باید در ردیف معتقدین به حجّیت آن نام برد، درحالی که صاحب معالم به طور صریح حجّیت آن را نفی کرده است.[۲]

اکثر متأخرین امامیه آن را حجت دانسته‌اند با این توضیح که آن را به انواعی تقسیم کرده‌اند و هریک تنها نوعی از آن را حجت دانسته است. چنانکه شیخ‌انصاری و میرزای نائینی استصحاب را درصورت شك در وجود رافع و رافعیت موجود حجت می‌دانند و درصورت شك در مقتضی حجت نمی‌دانند و کمی بعد این اقسام را توضیح خواهیم داد.

۲۸۳/۱ - *استصحاب در حقوق ایران*[۳]

۱- اگر چه در متن قانون نامی از استصحاب برده نشده ولی مصادیقی از آن را می‌توان در طی مواد قانونی پیدا کرد و در آراءِ دادگاهها این اصطلاح یا اصطلاح معادل آن بکار رفته است. مانند حکم تمیزی شمارهٔ ۶۹۴۶ - ۶۷۳ مورخ ۱۳۱۰/۵/۱۳ و شمارهٔ ۶۲۶۰ - ۱۱۶۵ مورخ ۱۳۰۹/۸/۲۷ و شمارهٔ ۱۴۶۰۲ - ۱۲۶ مورخ ۱۳۱۷/۱/۲۳.

مادهٔ ۳۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی که می‌گوید: «درصورتی که حق یا دینی بر عهدهٔ کسی ثابت شد اصل بقاء آن است، مگر خلافش ثابت شود،» مصداق بارز اصل استصحاب است. در دانشنامهٔ حقوقی موادی از قانون مدنی نیز مبتنی بر استصحاب یا متضمن استصحاب شمرده شده که به نظر مسلم نمی‌آید.

۲۸۴ - *اقسام استصحاب*

اصولیین متأخر برای استصحاب اقسامی بیان کرده‌اند و دانستن آنها، بخصوص از لحاظ

---

۱ - **عدةالاصول**، شیخ طوسی، جلد دوم، صفحهٔ ۱۲۴.

۲ - **معالم الاصول**، شیخ حسن، آخر مطلب ششم.

۳ - **دانشنامهٔ حقوقی**، دکتر لنگرودی، جلد اول، چاپ دوم، صفحهٔ ۲۹۸ و ۲۹۹.

اینکه بدانیم کدام یك از آنها حجت است و کدام حجت نیست، حائز اهمیت است. این اقسام اگر چه در کتب متأخرین مورد اشاره واقع شده‌اند، ولی در تقریرات میرزای نائینی کاملتر به‌نظر رسید. لذا این مطلب را از آن کتاب نقل می‌کنیم.

استصحاب از سه جهت تقسیم می‌شود:

۱- از جهت مستصحب، از این نقطه نظر دو تقسیم مهم آن حائز اهمیت است:

الف - استصحاب وجودی و عدمی.

ب - استصحاب حکمی و موضوعی.

۲- از جهت دلیل یقین سابق، از این نظر تقسیم می‌شود به : استصحاب حکم عقل و استصحاب حکم شرع.

۳- از جهت منشاءِ شك لا حق، از این حیث تقسیم می‌شود به :

استصحاب به واسطهٔ شك در مقتضی ، به واسطهٔ شك در وجود رافع و به واسطهٔ شك در رافعیت موجود.

اینها اقسام اصلی استصحاب است که در هر یك اقسام فرعی دیگری هم وجود دارد. تقسیم‌های دیگری هم برای‌استصحاب تصور می‌شود که ممکن است به بعض آنهادر ضمن بحث اشاره شود.

۲۸۵ -*استصحاب وجودی و عدمی*

استصحاب وجودی عبارت است از اینکه وجود چیزی که قبلاً مسلم بوده مورد تردید قرار گیرد و آن را موجود فرض کنند. مانند استصحاب دین، مصداق مادهٔ ۳۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی پیشین، استصحاب وجود غایب مفقودالاثر و مانند آنها.

استصحاب عدمی عبارت است از اینکه عدم چیزی که در سابق محرز و مسلم بوده و وجود آن در زمان بعد مورد تردید قرارگیرد و آن را معدوم فرض کنند. مانند استصحاب اعسار و عدم قدرت مدیون برتأدیه محکومٌ به وقتی که اعسار او قبلاً مورد حکم دادگاه قرارگرفته باشد.[1]

اصل عدم و استصحاب عدمی - برخی از اصولیین[2] استصحاب عدمی را قبول ندارند و

---

۱ - **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، مقدمهٔ جلد دوم.

۲ - **دانشنامهٔ حقوقی**، دکتر جعفری لنگرودی، جلد اول، چاپ دوم، صفحهٔ ۳۰۷ به بعد، به نقل از

می‌گویند: عدم، احتیاج به اثبات ندارد تا به کمك اصل استصحاب ثابت شود. اصل عدم یا قاعدهٔ عدم خود قاعده‌ای است عقلی و نتایج آن را هم شرع و هم عرف و هم قانون پذیرفته است. قاعدهٔ *«البینة علیٰ المدّعی والیمینُ علیٰ مَن اَنکَرَ»* و مادهٔ ۳۵۹ قانون مدنی «هرگاه دخول شییء در مبیع عرفاً مشکوك باشد، آن شییء داخل در مبیع نخواهد بود» مبتنی‌بر این قاعده‌اند.

تفاوت بین اصل عدم و استصحاب عدمی، از نظر آنها که هر دو را قبول دارند، این است که در استصحاب عدم، رعایت حالت سابقه ملحوظ است ولی در اجرای اصل عدم به حالت سابقه توجهی نمی‌شود.[۱]

اصل تأخر حادث و استصحاب عدمی - استصحاب عدمی، همان‌طوری که شباهت زیادی با اصل عدم دارد، با اصل دیگری به نام اصل تأخر حادث هم بسیار شبیه است. اصل تأخر حادث این است که حدوث و پیدایش دو چیز مسلم باشد ولی تقدم و تأخر آنها مورد شك و تردید قرارگیرد و این دو صورت دارد:

-گاهی تاریخ پیدایش یکی از آن دو معلوم و تاریخ پیدایش دیگری مردد است بین اینکه پیش، یا بعد یا مقارن آن باشد. در این صورت اصل تأخر حادث را اجرا می‌کنند و نتیجهٔ آن تأخر زمان پیدایش شیئ مردد است نسبت به آنچه تاریخ پیدایش آن معلوم است. این اصل مبنای مادهٔ ۸۷۴ قانون مدنی قرار گرفته است که می‌گوید: «اگر اشخاصی که بین آنها توارث باشد بمیرند و تاریخ فوت یکی از آنها معلوم و دیگری از حیث تقدم و تأخر مجهول باشد، فقط آن که تاریخ فوتش مجهول است از آن دیگری ارث می‌برد».

مثال دیگر: دو سند متعارض ابراز شده که یکی تاریخ دارد و دیگری بدون تاریخ است، آن را که بدون تاریخ است مؤخر فرض می‌کنیم.[۲]

-گاهی با اینکه پیدایش دو چیز مسلم است ولی تاریخ آن و تقدم یا تأخر یا تقارن آن دو معلوم نیست. اصل تأخر حادث در هر دو جاری است و دو اصل با هم تعارض و تساقط می‌کنند و باید به اصول و قواعد دیگری روی آورد. چنانکه قسمت اول مادهٔ ۸۷۳ قانون مدنی مبتنی بر همین بحث است «اگر تاریخ فوت اشخاصی که از یکدیگر ارث می‌برند، مجهول و تقدم و تأخر هیچ یك معلوم نباشد اشخاص مزبور از یکدیگر ارث نمی‌برند...».

ادامه پاورقی از صفحه قبل

میرزامحمدهاشم خوانساری، مؤلف کتاب **مبانی الاصول.**

۱ - اصل عدم در شماره ۲۶۴ نیز مورد بحث قرارگرفت.

۲ - دکتر کاتوزیان، **نشریهٔ دانشکدهٔ حقوق و علوم سیاسی،** شماره ۲۲، مقالهٔ استصحاب، صفحهٔ ۱۷۸.

مثال دیگر: در لمعه[۱] آمده است که : کسی که در داشتن طهارت شك داشته باشد طهارت ندارد. کسی که در حدث شك داشته باشد طهارت دارد. کسی که در هر دو (یعنی در متأخر آنها) شك داشته باشد مُحْدِث است. دومورد اول و دوم استصحاب وجودی و عدمی و مورد سوم اصل تأخر حادث است.

برخی[۲] اصل تأخر حادث را استصحاب عدمی ندانسته‌اند، بلکه بین مصادیق آن فرق گذاشته: بعضی را به استصحاب وجودی بر می‌گردانند و آنها راکه جنبهٔ وجودی ندارند مشمول اصل عدم می‌دانند.

۲۸۶ - *استصحاب حکمی و موضوعی*

استصحاب حکمی - عبارت است از اینکه حکم قضیه‌ای مورد تردید قرارگیرد درحالی که سابقاً آن حکم مسلم و مقطوع بوده است. مثل اینکه انفاق به پدر و مادر بر فرزندان واجب بوده و به جهتی تردید بوجود آید که آن حکم از بین رفته باشد. در اینجا باید حکم وجوب استصحاب شود.

استصحاب حکمی بر دو نوع است، زیرا حکم خود بر دو نوع است، تکلیفی و وضعی.

استصحاب حکم تکلیفی مانند مثال بالا.

استصحاب حکم وضعی مثل اینکه شخصی ضامن مالی بوده است و به جهتی تردید حاصل شود که ضمان او برطرف شده یا نه؟ تا زمانی که یقین به رفع آن حاصل نشده حکم وضعی سابق استصحاب می‌شود.

استصحاب موضوعی - عبارت است از اینکه موضوع قضیه‌ای مورد تردید و استصحاب قرارگیرد. مانند استصحاب وجود غایب مفقودالاثر، استصحاب دین سابق و غیر آنها.

۲۸۷ - *استصحاب حکم عقل و استصحاب حکم شرع*

درحالی که حجیّت استصحاب حکم شرع نزد اصولیین متفق علیه است، در حجیّت استصحاب حکم عقل بین آنها اختلاف عقیده وجود دارد. شیخ انصاری استصحاب حکم عقل را نمی‌پذیرد و میرزای نائینی آن را می‌پذیرد. بدیهی است هر یك پیروان و هم عقیده‌هائی دارند ولی از این دو دانشمند بزرگ به‌عنوان صاحب‌نظر یاد کرده و دلیل مسأله را از کتب آنها نقل

---

۱ - **لمعه**، شهید اول، چاپ یلدا، ۱۴۱۲، صفحهٔ ۱۳، سطر آخر.

۲ - **دانشنامهٔ حقوقی**، دکتر جعفری لنگرودی، جلد اول، چاپ دوم، صفحهٔ ۳۴۰.

می‌کنیم:

شیخ انصاری چنین می‌گوید:[۱] حکم عقلی قابل شك و تردید نیست. یا قطعاً وجود دارد یا قطعاً وجود ندارد و شق سومی برای آن متصور نمی‌باشد. زیرا عقل می‌تواند موضوع حکم خود را با تمام شرائط و قیود مشخص کند و هرگاه متیقن سابق عیناً وجود داشته باشد حکم آن نیز وجود خواهد داشت و اگر با انتفاءِ شرط یا وصفی موضوع متیقن سابق تغییر کند حکم آن نیز تغییر خواهد کرد. حکم عقلی مستقل یا تبعی از این جهت فرق نمی‌کند.

میرزای نائینی با این استدلال مخالف است و می‌گوید[۲] موضوعات احکام، اعم از اینکه مستند حکم آنها دلیل شرعی باشد یا عقلی، جنبهٔ عرفی دارند و گاهی دو چیز را که با دقت عقلی متفاوتند، عرف با مسامحه یکی می‌داند و به تفاوت آنها توجه نمی‌کند و از این جهت ممکن است حکم عقلی با انشاءِ شرط یا قید یا وصفی از موضوع دچار شك و تردید قرارگرفته، موضوع استصحاب قرار گیرد. مثلاً عقل دروغ مضر به حال غیر و غیر نافع به حال کسی را بد و ناپسند و ناروا می‌شمارد، امّا دروغ مصلحت‌آمیز با اینکه عرفاً همان موضوع است ممکن است در نظر عقل مورد تردید قرارگیرد و به استصحاب مجال دهد. در شمارهٔ ۳۲۰ نیز نمونهٔ دیگری از استصحاب حکم عقل آمده است. این، اشاره‌ای به عقاید این دو نفر اصولی بزرگ است و شرح عقائد آنها را می‌توان در کتب آنها بررسی کرد.

۲۸۸ - *مقتضی و رافع و استصحاب در مورد هر یك از آنها*

تقسیم دیگری برای استصحاب این است که عده‌ای از اصولیین گفته‌اند استصحاب درصورت شك در وجود مقتضی حجت نیست ولی درصورت شك در رافع حجت است. از این روی لازم است قبلاً این دو اصطلاح تشریح شود:

منظور از مقتضی در اینجا این است که ببینیم مقدار قابلیت و استعداد بقای موضوع تا چه اندازه است، مثلاً وقتی عقد نکاحی به‌وجود می‌آید، استعداد بقا و قابلیت دوام آن محدود به زمان نیست. ولی وقتی شخصی در سن پیری مفقود می‌شود و مدتها از او خبری نمی‌رسد، زمانی فرا می‌رسد که دیگر نمی‌توان او را زنده پنداشت. چون می‌دانیم استعداد و قابلیت بقا و

---

۱ - **فرائدالاصول**، شیخ انصاری، چاپ تبریزی، مبحث استصحاب ، صفحهٔ ۳۲۱.

۲ - **تقریرات** نائینی - کاظمی، بحث استصحاب، صفحهٔ ۱۸۶.

دوام و زندگی موجود زنده محدود است. مثال دیگر : صاحب فصول می‌نویسد[۱] درصورت شك در فوریت و عدم فوریت حق شفعه نمی‌توان برای بقاء آن به استصحاب تمسك کرد. زیرا برقابلیت و استعداد بقاء و دوام آن دلیلی نداریم.

منظور از رافع این است که با فرض اقتضای بقا و استعداد و قابلیت دوام موضوعی، در بقا و دوام آن تردید حاصل شود. چون احتمال دارد که چیزی به آن اقتضا و استعداد خاتمه داده باشد، مثل اینکه در مثال اول این احتمال بوجود آید که شاید شوهر همسرش را طلاق داده باشد و او (زن) نداند.

شك در رافع را به دو قسمت تقسیم کرده‌اند:

– شك در وجود رافع و آن این است که اصولاً نمی‌دانیم رافعی بوجود آمده یا نه، مثل طلاق احتمالی در مثال بیش، و تردید در بوجود آمدن یکی از اسباب سقوط تعهد درموردی که تعهدی بوجود آمده باشد.

– شك در رافعیت موجود و آن این است که می‌دانیم رافعی به‌وجود آمده ولی در تأثیر آن تردید داریم، مثل اینکه بدانیم طلاقی واقع شده ولی تردید داشته باشیم که طلاق واجد شرائط لازم بوده است یا نه و مثلاً بین زن و شوهر اختلاف افتاده است بر سر اینکه طلاق در «طهرمواقعه» انجام گرفته یا در «طهر غیر مواقعه» که درصورت اول باطل و بی‌اثر و در صورت دوم صحیح می‌باشد[۲] و مانند توبه پس از اقامهٔ بینه (مسالك، حدود، حد زنا). و مانند اینکه تردید کنیم که تلف مورد معامله پس از قبض موجب سقوط خیار هست یا نیست. شك در رافعیت موجود صوری چند دارد که برای رعایت اختصار از آن می‌گذریم.

۲۸۹ - *اقوال در حجیّت استصحاب*

حجیّت استصحاب همیشه در اصول موضوع بحثی داغ و زنده بوده است. از آن روز که شافعی آن را مطرح کرده و حتّی پیش از او تاکنون مهم‌ترین بحث اصول و یا در شمار مهم‌ترین آنها بوده و می‌باشد. اصولیین شیعه در آن بسط مقال داده‌اند و به تفصیل در آن بحث کرده‌اند، با این همه، حتّی بین متأخرین آنها اتّفاق نظر حاصل نشده و اختلاف عقیده همچنان باقی مانده است. چنانکه مثلاً شیخ‌انصاری استصحاب را درصورت شك در مقتضی حجت نمی‌داند، ولی

---

۱ - **فصول فی‌الاصول**، شیخ محمدحسین بن عبدالرحیم، در استصحاب، صفحهٔ دوم.

۲ - به صفحهٔ ۳۴۱ آخر بحث تعارض استصحاب و قاعده صحت نیز توجه شود.

صاحب کفایه آن را حجت می‌داند و یا اینکه شیخ‌انصاری استصحاب حکم عقل را حجت ندانسته درحالی که میرزای نائینی آن را حجت می‌داند. از این روی به اقوال و عقائد اصولیین در این مسأله مهم اشاره می‌شود؛ و این مطلب را از کتاب فرائدالاصول، کتاب نفیس شیخ انصاری که مهم‌ترین مستند و مدرك در این بحث است، اینجا می‌آوریم.[۱]

شیخ‌انصاری اقوال اصولیین را در حجیّت استصحاب در یازده قول استقصاء کرده. صاحب فصول[۲] دوازده عقیده ذکر کرده است و ذیلاً ده‌تای آنها نام برده می‌شود.

۱- حجیّت مطلقاً، این قول را در میان متأخرین صاحب کفایه پذیرفته است.

۲- عدم حجیّت مطلقاً، ظاهر عبارت عضدی این است که بیشتر حنفیه معتقد به این قولند.

۳- تفصیل بین استصحاب وجودی و عدمی.

۴- تفصیل بین امور خارجی و حکم شرعی.

۵- تفصیل بین حکم شرعی کلی و غیر آن.

۶- تفصیل بین حکم جزئی و غیر آن.

۷- تفصیل بین حکم وضعی و تکلیفی و غیر آنها (فاضل تونی).

۸- تفصیل بین استصحاب آنچه دلیلش اجماع باشد و جز آن.

۹- تفصیل بین شك در مقتضی و شك در رافع، در وجود رافع یا در واقعیت موجود (شیخ انصاری و میرزای نائینی به شرحی که در شمارهٔ ۲۸۸ گذشت).

۱۰ - تفصیل بین شك در مقتضی و شك در رافعیت موجود از طرفی و شك در وجود رافع از طرف دیگر (سبزواری) یعنی حجت بودن استصحاب فقط درصورت شك در وجود رافع.

۲۹۰ - شك ساری یا قاعدهٔ یقین[۳]

در شرائط استصحاب گفته شد که باید زمان متیقن و مشکوك دو تا باشد. در اینجا کمی مطلب را بسط می‌دهیم تا ببینیم اگر چنین نباشد و زمان متیقن و مشکوك یکی باشد چه اشکالی

---

۱ - **رسائل**، شیخ انصاری، استصحاب، صفحهٔ ۳۳۴ به بعد.

۲ - **فصول فی‌الاصول**، شیخ محمدحسین بن عبدالرحیم، استصحاب ، حجةالناقین.

۳ - **فوائدالاصول**، نائینی - کاظمی ، استصحاب، صفحهٔ ۱۱۰.

بوجود می‌آید؟ برای آسان شدن فهم مطلب آن را ضمن مثالی مطرح می‌کنیم: فرض کنید امروز معتقد و مطمئن باشیم که متهم موضوع پرونده واقعاً مجرم است و مرتکب جرمی شده که به او نسبت داده شده و زمان ارتکاب آن جرم درست یك سال پیش بوده (زمان متیقن یك سال پیش)؛ و فردا با دست یافتن به قرائن و اماراتی در درستی و صحت اعتقاد خود شك کنیم، یعنی دراینکه متهم در سال پیش دست به ارتکاب چنان جرمی زده باشد، تردید کنیم (زمان مشکوك هم سال پیش است)؛ نتیجهٔ این شك و تردید چیست؟ آیا جز این است که یقین سابق را متزلزل کند؟ این گونه شك و تردید را، که به عقب برگردد و یقین سابق را از بین ببرد، شك ساری نامیده‌اند بدین لحاظ که شک به یقین سرایت می‌کند؛ و نام دیگرش قاعدهٔ یقین است.

به‌طوری که شرح داده شد، چون شك لاحق به یقین سرایت کرده آن را از بین می‌برد در این گونه موارد نمی‌توان یقین سابق را استصحاب کرد. چون دیگر یقینی وجود ندارد تا استصحاب شود. برای اینکه چنین وضعی پیش نیاید و شك لاحق یقین سابق را از بین نبرد تنها راه این است که زمان متیقن و مشکوك یکی نباشد، مثلاً هرگاه یقین داشته باشیم که متهم سال گذشته مرتکب جرمی نشده و آن وقت بی‌گناه بوده (زمان بی‌گناهی سال گذشته است) و شك کنیم که دو ماه پیش مرتکب جرم شده یا نه (زمان مشکوك دو ماه پیش) چنین وضعی قابل استصحاب است.

۲۹۱ -*استصحاب اعتبار قانون*

هرگاه در اعتبار قانونی شك حاصل می‌شود می‌توان آن را استصحاب کرد. جهات شك در اعتبار قانون متعدد است از جملهٔ آنهاست:

-***گذشت زمانی طولانی بر عدم اجرای قانون*** - چنانکه اصل دوم متمم قانون اساسی ایران از بدو تصویب تاکنون اجرا نشده و این عدم اجرای طولانی ممکن است این شبهه را ایجاد کند که آن قانون دیگر مرده و از اعتبار افتاده است. ولی استصحاب اعتبار مسلم آن در زمان گذشته تأثیر هرگونه شك و شبهه را از بین می‌برد و آن قانون تا وقتی که نسخ نشود لازم الاجراست.[۱] باید توجه کرد که پس از تصویب قانون اساسی جمهوری اسلامی این مثال دیگر تنها جنبهٔ تاریخی دارد.

- ***شك در نسخ قانون*** - می‌دانیم هرگاه دو قانون چنان با همدیگر تنافی داشته باشند که

۱ - **حقوق مدنی**، دکتر کاتوزیان، جلد اول، شماره ۷۵ و ۷۷.

نتوان بین آنها جمع نمود، طبعاً قانون لاحق ناسخ قانون سابق خواهد بود هرچند در آن تصریح به نسخ نشده باشد[1] هرگاه نسخ صریحی وجود نداشته باشد و در وجود نسخ ضمنی هم تردید داشته باشیم، می‌توان اعتبار قانون را استصحاب کرد تا یقین به نسخ آن پیدا شود.

این استصحاب را بعضی استصحاب شرع نامیده‌اند و منظور از شرع در اینجا قانون و اعتبار قانون است و بعضی آن را استصحاب عدم نسخ خوانده‌اند ولی آنها که استصحاب عدمی را درست نمی‌دانند، بکاربردن این اصطلاح را غلط دانسته‌اند.[2]

مثال دیگر - استصحاب وصیت سابق که در اثر طول مدت بقای آن مورد تردید قرار گرفته باشد، از گونه استصحاب اعتبار قانون است.

۲۹۲ - *استصحاب کلی و جزئی، اقسام هر یك و حجیَّت آنها*

کلی و جزئی از اصطلاحات منطق است. کلی مفهومی است که بر افراد متعدد صدق کند و جزئی آن است که فقط بر یك فرد صدق نماید. مثلاً انسان را کلی و زید را جزئی نامند.

بنابراین، استصحاب کلی عبارت است از استصحاب مفهومی که بتواند دارای افرادی باشد و استصحاب جزئی استصحاب فرد معین و مشخص است. مثلاً استصحاب وجود غایب مفقودالاثر استصحابی است جزئی و اما استصحاب کلی محتاج به توضیح بیشتری است.

اصولیین استصحاب کلی را به چند نوع تقسیم کرده‌اند و در حجیَّت هر کدام گفتگوهائی دارند: بعضی همهٔ آنها را حجت می‌دانند، بعضی هیچ یك را حجت نمی‌دانند و بعضی بین انواع آن فرق می‌گذارند. ذیلاً انواع آن را از تقریرات نائینی نقل می‌کنیم و بعد به بحث در اطراف حجیَّت آن می‌پردازیم.

اقسام استصحاب کلی

گاهی کلی را استصحاب می‌کنیم به جهت اینکه احتمال می‌دهیم فردی دیگر به همراه فرد متیقن وجود داشته که اگر چه فرد متیقن فعلاً یقیناً از بین رفته ولی درمورد فرد محتمل دلیلی برای از بین رفتنش وجود ندارد. مثل اینکه شخصی مدعی اعسار است و می‌دانیم خانه‌ای داشته که خراب شده، احتمال دارد زمین آن مال خودش بوده ولی او فعلاً منکر است. آیا

---

۱ - **دانشنامهٔ حقوقی**، دکتر جعفری لنگرودی، جلد اول، چاپ دوم، صفحهٔ ۳۱۰ و ۳۱۳ و ۳۱۴.

۲ - **مرجع پیش**، شماره ۲.

می‌توان مالکیت او را به طورکلی، بدون عنوان اینکه مالك زمین است یا خانه، استصحاب و ادعای اعسارش را رد کرد؟

مثال دیگری از این قبیل: اینکه بدانیم در معامله حق خیار برای مشتری بوجود آمده، ولی نمی‌دانیم از نوع فوری بوده که از بین رفته است یا از نوع غیر فوری بوده که هنوز باقی باشد. آیا می‌توان حق خیار را بدون قید فوری و غیر فوری استصحاب کرد؟

مثال سوم - استصحاب ملکیت در معاطات - به فرض اینکه مفید ملکیت باشد، نه اباحه - و با شك در لزوم آن و باتوجه به تردید در اینکه ملکیت مستقر ایجاد شده یا ملکیت متزلزل آیا می‌توان کلی ملکیت را استصحاب کرد؟ (مکاسب شیخ انصاری در معاطات).

-گاهی کلی را استصحاب می‌کنیم از این روی که احتمال دارد که همزمان با از بین رفتن فرد مسلم فرد دیگری جایگزین آن شده باشد که کلی را در بردارد. مانند اینکه می‌دانیم ولایت ولیّ به‌عنوان ابوت به واسطهٔ کبر فرزندش، از بین رفته ولی احتمال دارد به واسطهٔ جنون مقارن با کبر ولایت او باقی مانده باشد. آیا می‌توان ولایت کلی را (بدون عنوان اینکه ناشی از صغر است یا جنون) استصحاب کرد؟

- گاهی کلی را استصحاب می‌کنیم از این‌رو که احتمال دارد فردی که متیقن بوده تبدیل به فردی ضعیف شده باشد. مثل اینکه مدت اجارهٔ مدنی (نه مشمول قانون مالك و مستأجر) منقضی شده و هنوز هم مالك عین مستأجره را مطالبه نکرده و در این فاصله تلف شده. آیا امانت مالکانهٔ در ضمن اجاره با انقضای مدت به امانت قانونی (شرعی) تبدیل شده و هنوز عنوان کلی امانت (صرفنظر از عنوان خاص آن) باقی و قابل استصحاب است و تلف به عهدهٔ مستأجر سابق نیست؟ یا با انقضای مدت اجاره وصف امانت زائل می‌شود و قابل استصحاب نیست و تلف به عهده اوست؟[۱]

حجیّت استصحاب کلی -گفته شد که در حجیّت استصحاب کلی سه‌نظر وجود دارد: حجیت مطلق، عدم حجیت مطلق، و تفصیل بین دو قسم اول و قسم سوم، بدین نحو که فقط قسم سوم را حجت می‌دانند. نظریهٔ اخیر را میرزای نائینی پذیرفته و استدلالش چنین است:[۲]

دو قسم اول و دوم حجیت نیست چون وحدت موضوع شرط استصحاب است. یعنی باید متیقن و مشکوك یك چیز باشد و در این دو صورت چنین نیست، یعنی: وحدت موضوع

---

۱ - **حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، جلد دوم، صفحهٔ ۱۶۸.

۲ - **تقریرات**، نائینی / کاظمی، ج ۴، در استصحاب کلی.

وجود ندارد. ولی قسم سوم حجت است چون وحدت موضوع وجود دارد، چه، عرف باید در این باره نظر دهد و عرف وجود ضعیف و کامل چیزی را موجب تعدد آن نمی‌داند.

چیزی که در این مسأله به چشم می‌خورد، مطالب دانشنامهٔ حقوقی است که اگر چه این کتاب و کتب دیگر مؤلف آن همیشه مورد توجه و مراجعه نویسنده بوده ولی در این مسأله هر چه بیشتر دقت کردم که مطالب آن یا مثال‌هایش را با آنچه اصولیین استصحاب کلی می‌دانند تطبیق نمایم، به‌نظر قابل تطبیق نیامد، شاید به‌علت قصور فهم اینجانب بوده. به هر حال دیگران می‌توانند این بحث را در جلد اول دانشنامهٔ حقوقی، چاپ دوم، صفحهٔ ۳۱۶ به بعد مطالعه و بررسی کنند.

۲۹۳ - *تعارض استصحاب با خود یا با ادلهٔ دیگر*

استصحاب اصل است و به‌همین جهت نمی‌تواند با «دلیل و اماره» معارضه کند. چون اصل در جائی بکار می‌رود که دلیلی برواقع وجود نداشته باشد و با بودن دلیل و اماره نوبت به اصل نمی‌رسد. معنای این که گفته‌اند ***«الاصل دلیل حیث لا دلیل»*** همین است. مثلاً در جائی که آیه‌ای یا روایتی یا مادهٔ قانونی برای اثبات حکمی داشته باشیم روی آوردن به استصحاب عدم آن حکم نادرست است. در صورت تعارض امارهٔ ید و اصل استصحاب، اصل استصحاب جاری نمی‌شود. نیز برفرض اجرای امارهٔ نسب، استصحاب عدم نسب موردی نخواهد داشت.

ولی تعارض استصحاب با اصل قابل تصور است و در دو قسمت مورد بررسی قرار می‌گیرد:

- تعارض اصل استصحاب با خودش.
- تعارض استصحاب با اصول عملیهٔ دیگر: برائت، احتیاط و تخییر و ذیلاً به بیان آنها می‌پردازیم و قسمت دوم را به لحاظ اختصار و آسانی مقدم می‌داریم.

۲۹۴ - *تعارض استصحاب با برائت*

در این مورد استصحاب مقدم است. زیرا محل برائت شك در تکلیف است و استصحاب حکم سابق، این شك را برطرف می‌کند و مفاد استصحاب به منزلهٔ حکم فرض می‌شود. مثلاً هرگاه بیع مال غیر منقول منعقد شده ولی به ثبت نرسیده و تردید شود که چنان عقدی می‌تواند موجب انتقال شود یا خیر؟ هرگاه نتوانیم با ادله و اماراتی مسأله را حل کنیم و نوبت به اصول برسد، چون شك در حرمت تکلیفیه است، جای اجرای اصل برائت است. لکن

از طرفی موضوع حالت سابقه داشته و سابقاً یعنی پیش از انجام عقد، تصرف خریدار در مبیع، تصرف در مال غیر و حرام بوده است و اکنون تردید داریم که چنان عقد ثبت نشده‌ای می‌تواند آن حکم را تغییر دهد یا نه و چون حالت سابقه وجود دارد، آن را استصحاب می‌کنیم و نتیجهٔ آن حرمت می‌باشد، پس بین اصل برائت و اصل استصحاب تعارض است و استصحاب را مقدم می‌دارند.

مثال دیگر: می‌دانیم هرگاه پیش از آمیزش طلاق واقع شود مهر نصف می‌شود، ولی درصورت وقوع فوت زن یا شوهر پیش از آمیزش در این مسأله اختلاف است. استصحاب مقتضی وجوب تمام مهر است، ولی چون شک در تکلیف است برائت موجب عدم وجوب تمام مهر است. پس میان استصحاب و برائت تعارض است و استصحاب مقدم است، مگر اینکه از روایات حکم دیگری بدست آید.

دانشنامهٔ حقوقی در این مورد مثال زده است به اقرار به دین و ادعای پرداخت آن.[1] ولی این مثال خوبی برای تعارض برائت و استصحاب نیست. زیرا چگونه می‌توان با فرض اقرار به دین و اشتغال ذمهٔ یقینی اصل برائت را جاری کرد؟! بلکه جای اصل اشتغال و احتیاط است واگر رعایت حالت سابقه شود، جای استصحاب است و بین این دو اصل (احتیاط و استصحاب) در این مورد تعارضی نیست چون نتیجهٔ هر دو یکی است.

۲۹۵ - *تعارض استصحاب با احتیاط*

درمورد تعارض اصل استصحاب با اصل اشتغال (اصل احتیاط) نیز اصل استصحاب مقدم است. زیرا محل اصل احتیاط شك در مکلف به است و با اجرای اصل استصحاب شکی باقی نمی‌ماند تا اصل احتیاط جاری شود. مثلاً هرگاه کسی مالی را از دیوانهٔ محجوری به امانت بگیرد. چون این امانت واجد شرائط اساسی صحت معامله نیست، باطل است و او موظف است آن مال را به ولیّ یا قیم محجور پس بدهد. حال اگر به هنگام تحویل و پس دادن مال امانی، امانت دهنده مدعی رفع حجر شود و نتواند آن را ثابت کند و برای گیرندهٔ مال امانی هم اثبات حقیقت امر مقدور نباشد، مسأله ظاهراً جای اجرای اصل اشتغال است. چون شك در مکلف به است و رعایت احتیاط مقتضی است که مال امانی به هر دو متفقاً تحویل داده شود. لکن چون حالت سابقهٔ حجری وجود داشته است می‌توان با استصحاب آن، شك را بر طرف ساخت و

---

۱ - **دانشنامهٔ حقوقی**، دکتر جعفری لنگرودی، جلد دوم، صفحهٔ ۴۲.

گفت امانت دهنده محجور بوده، حجرش استصحاب می‌شود و ولی یا قیم تنها کسی است که صلاحیت دریافتِ آن مال را دارد، و چون بین این دو اصل تعارض است، استصحاب را مقدم می‌داریم.

۲۹۶ - تعارض استصحاب با اصل تخییر

درمورد تعارض استصحاب با اصل تخییر نیز اصل استصحاب مقدم است. زیرا محل اجرای اصل تخییر جائی است که در تکلیف تردید و تحیّر باشد و قابل جمع و احتیاط پذیر هم نباشد و با اجرای استصحاب در جائی که حالت سابقه وجود داشته تردید و تحیر از بین می‌رود. مثال : درمورد شك در وجوب یا حرمت روزهٔ یوم‌الشك که تردید است بین اینکه آخر رمضان باشد یا اول شوال، ظاهراً جای اجرای اصل تخییر است. ولی چون وجوب روزه حالت سابقه داشته، با استصحاب آن تردید از بین می‌رود. پس اصل استصحاب مقدم است براصل تخییر[1].

نتیجه - مباحثی را که گذشت، می‌توان چنین خلاصه کرد که در تعارض میان استصحاب با برائت یا احتیاط یا تخییر، استصحاب برآنها مقدم است.

۲۹۷ - تعارض دو استصحاب[2]

تعارض دو استصحاب صور متعدد و احکام مختلف دارد. ذیلاً برخی از آنها را که در حدود قوه متوسط کلاس باشد، بیان می‌کنیم.

گاهی یکی از دو استصحاب سبب استصحاب دیگری است و گاهی هر دو معلول علت ثالثی هستند. درصورت اول استصحاب سببی بر استصحاب مسببی مقدم است. مثلاً هرگاه لباس و بدن نجس را با آب قلیل بشویند و سپس شك کنند که آن آب، که قبلاً طاهر بوده، نجس شده یا نه؟ درصورتی که آب مزبور نجس شده باشد، لباس و بدن هم نجس مانده‌اند و اگر آن آب برطهارت سابقش مانده باشد، لباس و بدن هم طاهر شده، استصحاب طهارت آب موجب طاهر شدن لباس و بدن است و استصحاب نجاست یقینی خود آنها موجب نجس ماندن آنها است. این دو استصحاب با هم متعارضند ولی طهارت آب سبب طهارت بدن و لباس است. از این روی آن را مقدم می‌داریم.

---

۱ - **رسائل**، شیخ انصاری، در تعارض با اصول عملیه، چاپ تبریزی، صفحهٔ ۴۲۳.

۲ - **رسائل**، شیخ مرتضیٰ انصاری، استصحاب، چاپ تبریزی ، صفحهٔ ۴۲۵.

مثال حقوقی برای تعارض استصحاب سببی و مسببی: هرگاه وکیل ملك موکل را بفروشد و سپس خریدار مدعی عدم نفوذ بیع شود به علت ادعای عزل وکیل، در اینجا با استصحاب وکالت وکیل عقد بیع نافذ خواهد بود و محلی برای استصحاب مالکیت موکل و درنتیجه بطلان بیع باقی نمی‌ماند.(۱) (در این مثال جای بحث است، زیرا فرض عزل وکیل معامله را فضولی می‌کند و معامله فضولی از طرف اصیل لازم است).

درصورتی که دو استصحاب سببی و مسببی نباشد، صور متعددی متصور است که در برخی از آنها هر دو تعارض و تساقط می‌کنند. مانند شك در تقدم و تأخر فوت وارث و مورث در حادثهٔ رانندگی یا آتش سوزی که در شمارهٔ ۲۸۵ گذشت. تفصیل همهٔ صور را باید در کتب مفصل اصولی بررسی کرد.

۲۹۸ - *تعارض قاعدهٔ ید با استصحاب*

تعریف قاعدهٔ ید، شرائط ، احکام و آثار آن را دانشجویان در درس قواعد فقه خوانده‌اند. لذا از ورود در آنها خودداری می‌شود و فقط به تعارض آن با استصحاب می‌پردازیم.(۲)

قاعدهٔ ید و تصرف گاهی به ظاهر با اصل استصحاب در تعارض است. از این رو معمولاً در بحث از این دو، مسئلهٔ تعارض آن‌ها نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد. برای روشن شدن مطلب چند نکته را مطرح می‌کنیم:

اولاً - باید دانست که در اماره یا اصل بودن قاعدهٔ ید و تصرف اختلاف نظر است، همان طورکه در اماره یا اصل بودن استصحاب نیز اختلاف است. و به طوری که در هر یك از آن دو بحث به اثبات رسیده اماره بودن قاعدهٔ ید و اصل بودن استصحاب عقیدهٔ قوی اکثر اصولیین است. یکی ازاصولیین(۳) متأخر با بیانی کوتاه ولی رسا می‌گوید: «.... ظاهر فتوا و نص ... این است که اعتبار «ید» مبنای کار مردم بوده و شارع آن را امضا فرموده است و پوشیده نیست که عمل عرف از باب اصل تعبدی نیست بلکه از باب اماره است».

ثانیاً - به‌طوری که می‌دانیم، درصورت تعارض ظاهری اماره با اصل، اماره مقدم است. زیرا اماره مبتنی است بر کشف از واقع و اصل مبتنی است برجهل به واقع.

---

۱ - **دوره حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، ج۲، ص مو - مز

۲ - **قواعد فقه**، ابوالحسن محمدی، چاپ هفتم، صفحه‌های ۱۷۹ تا ۱۹۷.

۳ - **رسائل**، شیخ انصاری (ره)، استصحاب ، چاپ تبریزی، صفحهٔ ۴۲۵.

ثالثاً – نتیجهٔ منطقی دو مطلب بالا این است که قاعدهٔ ید و تصرف بر استصحاب مقدم است و همان طور که از تعبیرات گذشته پیداست، این تعارض ظاهری است نه حقیقی و تعبیر برخی از بزرگان اصول[۱] در این مورد چنین است: «استصحاب» با «ید» معارضه ندارد، بلکه «ید» بر آن حاکم است. دربارهٔ حاکم و حکومت در گفتار دهم گفتگو خواهیم کرد.

رابعاً – به‌فرض اینکه قاعدهٔ ید و تصرف را اصل هم بدانیم بر اصل استصحاب مقدم است. زیرا درغیراین صورت همان محذوری که درروایت آمده، یعنی اختلال روابط معاملاتی مردم، بوجود می‌آید.

خامساً – نباید تصور کرد که فقط بر این دو مبناست که ید بر استصحاب مقدم است. بلکه، اگر ید را اصل و استصحاب را اماره هم بدانیم، باز قاعدهٔ ید بر استصحاب مقدم است زیرا شارع قاعدهٔ ید را در زمینه و مجرای استصحاب حجت دانسته و دلیل حجیت آن اخص است از عمومات حجیّت استصحاب و می‌دانیم که خاص عام را تخصیص می‌دهد.[۲]

سادساً – نکتهٔ قابل دقت، نحوهٔ تقدم ید در این فرض است که با دو فرض قبلی تفاوت دارد: در این فرض آن را «تخصیص» و در فرض قبلی «حکومت» نامیده‌اند و تفاوت این دو را در باب تعارض ادله بررسی خواهیم کرد.

پس به‌طور خلاصه قاعدهٔ ید بر استصحاب مقدم است. مثلاً اگر کسی متصرف مالی باشد نمی‌توان بااستناد به استصحاب عدم مالکیت او را نفی کرد.

اشکال و جواب – در اینجا اشکالی وجود دارد که اساتید فن آن را مطرح و رد کرده‌اند و آن این است که : هرگاه ذوالید اقرار کند که ملك متصرفی او سابقاً متعلق به مدعی بوده، عقیدهٔ مشهور این است که آن ملك از او گرفته و به مدعی داده می‌شود، مگر اینکه انتقال آن را از او به خودش به طریقی دیگر، جز «ید» به اثبات برساند. ظاهراً این حکم از باب تقدم استصحاب بر «ید» است. زیرا میان ملکیت سابق مدعی و ملکیت فعلی متصرف تعارضی نیست. مگر اینکه معتقد باشیم که ملکیت سابق، به زمان تصرف هم استصحاب می‌شود.

پاسخی که به این اشکال داده‌اند این است که این حکم از باب تقدم استصحاب نیست بلکه مبتنی است بر اثر اقرار. بدین توضیح که متصرف با اقرار به مالکیت سابق مدعی، دعوا را دگرگون می‌کند خود او که قبلاً مدعیٰ‌علیه بود مدعی و مدعی او مدعیٰ‌علیه می‌شود و می‌دانیم که اثبات دعوا بر عهدهٔ مدعی است و حالا بر اوست که ثابت کند چیزی را که قبلاً به اقرار خودِ او مال دیگری بوده فعلاً مال اوست. و به همین جهت است که اگر اقرار او به‌نفع مدعی نباشد،

---

۱ و ۲ – **رسائل**، شیخ انصاری (ره)، استصحاب ، چاپ تبریزی، صفحهٔ ۴۲۵.

مثل اینکه دعوای بلامنازع باشد یا در برابر مدعی بگوید: من این را از کسی دیگر، جز تو خریده‌ام، ملزم به اثبات نمی‌شود. پس این امر مربوط به تقدم استصحاب بر «ید» نیست، بلکه مربوط به اثر اقرار است.

در اینجا موارد دیگری نیز هست که حاشیه نویسان رسائل مرحوم شیخ‌انصاری، مانند مرحوم آشتیانی آن را مطرح کرده‌اند و بخصوص بررسی قانون مدنی، قانون آئین دادرسی، کتب مربوط به شرح این دو در این مورد حائز اهمیت است که در کتاب قواعد فقه موردبحث قرار گرفته است.[1]

۲۹۹ - *تعارض «قاعدهٔ صحت» با استصحاب*[2]

پیش از ورود در بحث، اصل صحت را به اختصار موردبررسی قرار می‌دهیم، چون معمولاً در کتب درسی دیگر مطرح نشده و دانشجویان از آن اطلاع کافی ندارند.

تعریف قاعدهٔ صحت - اصالةالصحه، اصل صحت، قاعدهٔ صحت، اصالةالصحهٔ کار دیگری، همه اسامی یك قاعده هستند. در تعریف آن می‌توان گفت: قاعدهٔ صحت قاعده‌ای است که به موجب آن باید کاری راکه ازکسی سر می‌زند، درست دانست، یعنی آثار کار درست را بر آن بار کرد، مگر اینکه خود او متهم به نادرستی در آن باشد یا خلاف آن ثابت شود.

دلیل حجّیت قاعدهٔ صحت - برای حجّیت و اعتبار این قاعده به ادلهٔ اربعه: قرآن، سنت، عقل و اجماع استناد شده که هیچ یك خالی از ایراد و اشکال نیست. ولی بهترین و قوی‌ترین دلیل آن بنای عقلا است، بدین‌توضیح که: عقلا و خردمندان رفتار و کردار و گفتار یکدیگر را درست و دارای اثر می‌دانند، بدون اینکه از یکدیگر دلیل این درستی و مؤثر بودن را بخواهند. بلکه برعکس، اگر کسی مدعی فساد و بی‌اثر بودن کار دیگری شود، از او دلیل می‌خواهند. مثلاً اگر کسی ملك خود را بفروشد، دیگران این عمل را انجام شده دانسته و اثرات بیع صحیح را بر آن بار می‌کنند، آن ملك را از دارائی او خارج و به دارائی خریدار داخل و ثمن آن را مال بایع دانسته، سایر آثار بیع صحیح را بر آن مترتب می‌دانند. و اگر کسی بگوید آن بیع صحیح نیست یا

---

۱ - **کتاب قواعد فقه** به قلم این نویسنده، در بیان امارهٔ تصرف و مالکیت. چاپ هفتم از صفحهٔ ۱۹۲ تا ۱۹۴.

۲ - برای مطالعه این قاعده به کتاب **رسائل شیخ انصاری** در استصحاب ، **فوائدالاصول** کاظمی (تقریرات میرزای نائینی) جلد چهارم، صفحهٔ ۲۳۴ به بعد، **قواعد فقه** بجنوردی و **قواعد فقه** آقای مکارم شیرازی، جلداول، مراجعه شود. اخیراً نیز درکتاب قواعد فقه این نویسنده به تفصیل بیان شده است.

بگوید: یک یا چند اثر را واجد و دارا نمی‌باشد او باید ثابت کند.

بنای عقلا تعبدی نیست و مبنای عقلی دارد و در این مورد یکی از امور زیر می‌توانند مبنای این بنا باشد:

غلبه: از آنجا که بیشتر کارهای مردم به صورت صحیح و مؤثر واقع می‌شود این ظن و گمان بوجود می‌آید که همهٔ کارها صحیح و مؤثر است، مگر آنچه خلافش ثابت شود.

صلاح جامعه: حفظ نظام روابط اجتماعی و مصلحت جامعه مقتضی آن است که کار و گفتار و رفتار دیگران را صحیح و درست بدانیم. در غیر این صورت روابط مردم مختل و زندگی به سختی دشوار خواهد شد. تصور جامعه‌ای که در آن هر کاری را فاسد و بی‌اثر بدانیم مگر آنکه صحت و تأثیرش به ثبوت رسد، هر گفته و بیانی را نادرست و بی‌اثر شماریم جز آنچه خلافش معلوم شود و هر رفتار و وضعیتی را باطل و بی‌اثر بدانیم تا عکس آن ثابت گردد، تجسم جامعه‌ای است فاقد نظم، در هم و بر هم، پر از هرج و مرج که تمام روابط آن دچار اختلال باشد. پس باید قاعده و اصل را «صحت» بدانیم تا در زندگی اجتماعی نظم و انتظامی مستقر گردد.

طبیعت افعال: وقتی کسی کاری می‌کند طبعاً آن را صحیح و کامل و موثر انجام می‌دهد. وقتی آدمی حرفی می‌زند که در زندگی شخصی خود او و دیگران اثر بگذارد، طبیعی است که آن را بدان صورت که درست و کامل و با اثر باشد بیان خواهد کرد. و سرانجام اینکه رفتار انسانها با یکدیگر به منظور وصول به نتیجه و حصول فایده است. پس باید صحیح و درست و آنچنان که باید و شاید باشد تا به نتیجه و فایده بینجامد.

حکمی است امضائی - قاعده صحت، به شرحی که گفته شد، مبتنی است بربنای عقلا و خردمندان که از جانب شرع مقدس اسلام نیز تأیید و امضا شده است. پس حجیّت آن حکمی است امضائی و برای امضای آن می‌توان به روایت حفص بن غیاث درمورد حجیّت ید مراجعه کرد. این روایت علاوه بر بیان حجیت ید بر حجیت اصل صحت نیز دلالتی روشن دارد.[۱]

خلاصهٔ روایت مزبور چنین است که کسی از امام صادق(ع) می‌پرسد: اگر ببینیم که چیزی نزد کسی است، ولی علم به مالکیت او نداریم، آیا می‌توانیم به صرف تصرف او در آن مال، او را مالك آن بدانیم و به مالکیت او گواهی دهیم؟ امام (ع) می‌فرمایند: بلی. آن کس می‌گوید شاید مالِ دیگری باشد! امام (ع) می‌فرمایند: پس چطور می‌توانی آن را بخری و سوگند یاد کنی که مال خود تست درحالی که نتوانی آن را مال مالك پیشین بدانی؟! و سپس چنین ادامه

---

۱ - **رسائل**، شیخ انصاری، چاپ تبریزی، صفحهٔ ۶۵۱.

داده‌اند که: «*لولا ذلك لَما قامَ لِلمسلمينَ سوقٌ*» یا «*لَولَم يَجُزْ ذلك ما قامَ للمسلمينَ سوقٌ*» یعنی : در غیر این صورت روابط معاملاتی مردم مختل می‌شود.

این جمله مشهوری است که در ابواب متعددی از فقه و حقوق کاربرد دارد. لذا عیناً نقل شد و جا دارد که دانشجویان حقوق آن را از برداشته باشند.

البته ادله حجّیّت شرعی این اصل منحصر به این روایت نیست.[۱]

حکم تعارض قاعدهٔ صحت با استصحاب - از مطالعه و بررسی کتب اصولیین، از جمله مآخذی که در پاورقی آمده است، به این نتیجه می‌رسیم که اینان قاعدهٔ صحت را بر استصحاب مقدم می‌دانند و بر این عقیده اجماع و اتفاق نظر دارند. خواه این قاعده را اماره بدانند یا اصل و استصحاب را اماره بدانند یا اصل. ولی محققان علم اصول این قاعده را اماره و استصحاب را اصل می‌دانند. برای اثبات نظر خود به آیات، روایات، اجماع، سیرهٔ مسلمین، بنای عقلا و لزوم عسر و حرج در غیر این صورت، استناد کرده‌اند که شرح و تفصیل آن و بحث در صحت و سقم اشکالات وارد بر آنها در این مختصر نمی‌گنجد. از این روی، تنها به ترجمهٔ گفتار یکی از بزرگان متأخر[۲] اکتفا می‌شود: «و به هر حال، اجماع مسلم برای ما بس است، زیرا در انعقاد اجماع بر اعتبار اصالت صحت درصورت تعارض با استصحاب جای هیچ گونه تردید و تأملی نیست و ظاهراً بر این اصل به صورت یك قاعدهٔ کلی اجماع شده است».

مثال - در حکم معامله‌ای که مجنون ادواری انجام می‌دهد، در فقه و حقوق اختلاف‌نظر است. برخی آن را مشمول اصل صحت می‌دانند و برخی دیگر جنون را که به موجب حکم دادگاه ثابت شده استصحاب می‌کنند و نتیجهٔ آن بطلان معامله است. به نظر می‌رسد باتوجه به تقدم قاعدهٔ صحت بر اصل استصحاب بتوان گفت چنین معامله‌ای صحیح است، مگر اینکه مدعی بطلان ثابت کند که معامله درحال دیوانگی واقع شده است.[۳]

مثال دیگر: در بحث استصحاب در صورت شك در رافع داشتیم که هرگاه میان زن و شوهر در صحت طلاق اختلاف باشد رابطه زناشوئی استصحاب می‌شود. در اینجا قاعده صحت هم جاری می‌شود و میان این دو تعارض روی می‌دهد که قاعده صحت مقدم داشته می‌شود و در نتیجه نکاح انحلال‌یافته تلقی می‌شود.

---

۱ - مأخذ پیش

۲ - **فوائدالاصول**، میرزای نائینی، کاظمی، جلد چهارم، صفحهٔ ۲۴۴.

۳ - **دورهٔ حقوق مدنی**، مرحوم دکتر امامی، جلد اول، صفحهٔ ۲۰۷.

مثال سوم: درکتاب قواعد فقه در آخر قاعده صحت بیع مال موقوفه را مطرح کردیم که نمونه خوبی برای تعارض استصحاب و قاعده صحت است.

در اینجا عقاید مختلف دیگری نیز وجود دارد، به‌ویژه نظر مرحوم میرزای نائینی، که برای اطلاع از آن عقائد می‌توان به قاعده صحت در کتاب قواعد فقه نگارنده مراجعه کرد[۱].

۳۰۰ - *تعارض قاعدهٔ فراغ و تجاوز با استصحاب*[۲]

در صورت تعارض قاعدهٔ فراغ و تجاوز با استصحاب این قاعده بر استصحاب مقدم است. در این حکم فرقی نیست بین آنکه این قاعده را اماره بدانیم یا اصل و استصحاب را اماره بدانیم یا اصل. اما به نظر تحقیق، علت تقدم این قاعده بر استصحاب این است که قاعدهٔ مزبور اماره و استصحاب اصل است و می‌دانیم که اماره بر اصل مقدم است. اگر قاعده را اماره ندانیم و اصل بدانیم و تعارض میان دو اصل باشد، باز هم این اصل بر اصل استصحاب مقدم است. زیرا اصل مزبور در زمینهٔ اصل استصحاب حجت شناخته شده و اگر استصحاب را بر آن مقدم بدانیم دیگر برای آن موردی باقی نمی‌ماند. این مطلب مسلم است ولی آنچه جای بحث و بررسی دارد معنای این قاعده است، اینکه این، دو قاعده است یا یکی؟ موارد اعمال آن و مسائل متعددی که بسیاری از آنها جنبهٔ حقوقی ندارد؛ لذا از آنها در می‌گذریم و فقط معنای قاعده را به اختصار توضیح می‌دهیم:

معنای قاعدهٔ فراغ و تجاوز - هرگاه کسی در حال انجام کاری باشد که دارای اجزائی است و پس از ورود به جزء یا اجزاءِ بعدی شك کند که جزءِ قبلی را انجام داده یا نه ؟ این مصداق اجرای قاعدهٔ تجاوز است. مثل اینکه در نماز باشد و در رکوع شك کند که «سوره» را خوانده است یا نه؟ چنین شکی اعتبار ندارد. ولی اگر آن را انجام داده، لکن تردید داشته باشد که آن را کامل انجام داده یا نه؟ این مصداق قاعدهٔ فراغ است. حکم قضیه این است که نباید به چنین شکی اعتنا کند. ظاهر عبارات رسائل شیخ انصاری این است که این دو، یك قاعده هستند و میرزای نائینی بر این نکته به طور مفصل استدلال کرده است که برای رعایت برنامه کلاس از ورود در آن خودداری می‌شود. علاقه‌مندان می‌توانند به رسائل شیخ و تقریرات نائینی مراجعه کنند.

---

۱ - **قواعد فقه**، تألیف این نویسنده، چاپ هفتم، از صفحهٔ ۲۵۳ تا ۲۵۷.

۲ - **رسائل**، شیخ انصاری، چاپ تبریزی، صفحهٔ ۶۴۴ به بعد و ***فوائدالاصول***، میرزای نائینی، کاظمی، جلد چهارم، صفحهٔ ۲۳۰ به بعد.

۳۰۱ - تعارض قاعدهٔ قرعه با استصحاب

یکی دیگر از مسائلی که در باب استصحاب مطرح شده مسألهٔ تعارض قاعدهٔ قرعه بااستصحاب است. در این مسأله، برخلاف سه مسألهٔ پیش، استصحاب بر قرعه مقدم دانسته شده است.

استدلالی که بر این امر شده این است که : اخبار و روایات مربوط به قرعه عام است، درحالی که اخبار و روایات استصحاب خاص است و در صورت تعارض عام و خاص، خاص مقدم بر عام است.[۱]

برخی دیگر[۲] از اصولیین مسأله را از باب تخصیص ندانسته، بلکه، از باب «تخصص» یعنی «خروج موضوعی» می‌دانند. بدین خلاصه که : مورد قرعه شبهه در موضوعات خارجی است نه در احکام؛ یعنی در جائی که حکم را می‌دانیم ولی موضوع آن مردد است قرعه جاری می‌شود. درحالی که استصحاب برای اثبات حکم است. پس موضوع آنها دوتاست و با هم تعارضی ندارند. ولی به شرحی که در شمارهٔ ۲۸۶ گذشت استصحاب هم اصلی حکمی و هم اصلی موضوعی است.

استدلال دیگری که می‌توان آورد این است که قرعه اصل است نه اماره[۳] و استصحاب براصول دیگر مقدم است که گفته‌اند: ***«اَلاِسْتِصْحابُ عَرْشُ الْاُصولِ وَ فَرْشُ الاَمٰاراتِ»*** یعنی : استصحاب از هر اصل دیگر برتر ولی از امارات پایین‌تر است.

برخی از فقهای متأخر[۴] با اینکه قرعه را اماره و استصحاب را اصل می‌داند، با یکی از توجیهات پیش، استصحاب را مقدم بر قرعه دانسته است. **پس بطور خلاصه *استصحاب* بر قرعه مقدم *است*.**

خلاصهٔ بحث تعارض استصحاب با غیر خودش

الف – استصحاب بر اصل برائت، اصل تخییر و اصل احتیاط مقدم است.

ب – امارهٔ ید ، امارهٔ صحت، اماره فراغ و تجاوز مقدمند بر استصحاب.

---

۱ – **رسائل**، شیخ مرتضی انصاری، چاپ تبریزی، صفحهٔ ۶۶۴.

۲ – **فوائدالاصول کاظمی**، میرزای نائینی ، جلد چهارم، صفحهٔ ۲۵۴.

۳ – **قواعد فقه**، تألیف نگارنده، قاعده قرعه.

۴ – **انوار الاصول**، آیةالله‌مکارم، ج ۳، ص ، چاپ ۱۴۱۶.

ج - استصحاب بر قاعدهٔ قرعه مقدم است.

۳۰۱/۱ - *تعارض استصحاب با ظاهر حال*

در صورتی که استصحاب با ظاهر حال تعارض داشته باشد ظاهر مقدم است. نخست توضیحی کوتاه دربارهٔ «ظاهر» لازم به نظر می‌رسد.

در این کتاب ذیل چند عنوان به ظاهرِ دلالت الفاظ اشاره یا بحث شده است؛ از جمله: در شماره‌های ۵۲ - ۹۹ - ۲۵۴ و در مقدمهٔ مباحث اطلاق و تقیید. در اینجا منظور از «ظاهر». ظاهر الفاظ نیست بلکه ظاهر حال مردم است. مثلاً هرگاه زن و شوهر با هم زندگی می‌کنند ظاهر حالشان این است که زن از شوهر تمکین می‌کند و شوهر هم نفقه می‌دهد.

ظاهر حال حجت است و حجیت آن مبتنی بر بنای عقلاء و عدم ردع و ردّ شارع است. بنابراین ظاهر حال اماره است، امارهٔ قضائی. بدین جهت اگر میان استصحاب و ظاهر حال تعارض روی دهد ظاهر حال بر استصحاب مقدم است. مثلاً هرگاه بدهکار بگوید بدهی خود را پرداخته است و سند بدهکاری خود را از بستانکار پس گرفته و آن سند را نشان دهد، ظاهر حال دلیل بر راستگوئی اوست ولی اصل استصحاب دین طبق مادهٔ ۳۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی سابق نیز به زیان او جاری است و این دو دلیل با هم در تعارضند[۱]. اما ظاهر حال بر استصحاب مقدم است چون ظاهر اماره و استصحاب اصل است.

---

۱ - **فلسفهٔ حقوق**، دکتر کاتوزیان، ج ۳، چاپ اول، ص ۲۹۶.

گفتار دهم - تعارض ادلّه[1]

۳۰۲ - تعریف تعارض ادلّه و عناصرِ آن

هرگاه دو یا چند دلیل متعادل در برابر یکدیگر قرارگیرند، به‌طوری که عرفاً نتوان آنها را جمع کرد و یکی ناسخ دیگری نباشد، در این صورت تعارض محقق است. حکم تعارض عقلاً تساقط است ولی شرعاً سه نظر ابراز شده است: توقف (در مقام فتوا و عمل کردن به احتیاط)، تخییر و سوم احتیاط در صورت امکان و تخییر در غیر این صورت. این، اجمال کلام در طرح مسأله و حکم آن است که می‌توان آن را تعریف تعارض و عناصر آن دانست.

برای فهمیدن این مبحث شرح مطالب زیر لازم است که با جمع بودن آنها تعارض بوجود می‌آید و با فقد یکی یا همهٔ آنها تعارض از بین می‌رود: تعداد متعارضین، متعادل بودن آنها، در برابر هم قرارگرفتن، عدم امکان جمع عرفی، ناسخ و منسوخ نبودن آنها و در آخر، حکم متعارضین عقلاً و شرعاً.

مقدمتاً باید توجه داشت که دو دلیل متعارض نمی‌توانند هر دو قطعی، یا یکی قطعی یا هر دو ظنی با ظن شخصی باشند، زیرا: درمورد اول اصولاً داشتن دو دلیل قطعی متعارض مقدور نیست و دو قطع متعارض حاصل نمی‌شود. درمورد دوم؛ تعارض یك دلیل قطعی با غیر قطعی، تعارض بین حجّت و لاحجّت است که فقط یك دلیل خواهیم داشت و نه دو دلیل در مورد سوم؛ در دو ظن شخصی، ظن شخصی در برابر ظن نوعی است که در شمارهٔ ۱۵۳ گذشت، هم تعارض ممکن نیست چون دو ظن شخصی متعارض برای یك شخص حاصل نمی‌شود.

تعداد متعارضین - تعارض را معمولاً بین دو دلیل فرض می‌کنند ولی این حداقل است و گاه ممکن است بین بیش از دو دلیل هم تعارض پیش آید.

متعادل بودن - تعادل یا تکافؤ به معنای تساوی است و در برابر ترجیح و برتری داشتن است. گاهی دو دلیل در ظاهر با هم متعارضند ولی یکی از آنها مرجحی دارد که بدان سبب بر دیگری مقدم داشته می‌شود. این از صورت تعارض خارج است و به همین سبب باب تعارض را معمولاً به دو بخش تقسیم می‌کنند: تعادل و تراجیح. در بخش اول از دو یا چند دلیل بحث

---

۱ - این موضوع در کتاب **فرائدالاصول**، تألیف مرحوم شیخ انصاری، چاپ ۱۳۱۵، از صفحهٔ ۴۳۳ تا ۴۷۹ موردبحث قرار گرفته است.

می‌کنند که هیچ یك بر دیگری ترجیح نداشته باشد و در بخش دوم از تراجیح و مرجحات و اقسام آن گفتگو می‌کنند.

در اینجا توجه به این نکته لازم است که داشتن یا نداشتن مرجح پس از فرض حجت بودن هر دو دلیل مورد توجه قرار می‌گیرد و اگر بحث به جایی برسد که به حجت بودن یکی از آنها لطمه بزند بحثی خارج از موضوع است زیرا بین «حجت و لاحجت» تعارضی وجود ندارد، چون در این فرض فقط یك دلیل وجود دارد. پس، بحث از ترجیح فرع است بر حجت دانستن هر دو دلیل. مثلاً روایتی نبوی داریم که : *مٰاتَرَكَ المَيِّتُ مِنْ حقٍ فَلِوٰارِثِهِ*، یعنی هر حقی از مرده بماند از آن وارث اوست و روایتی علوی داریم که حق شفعه به ارث نمی‌رسد به ظاهر بین این دو روایت تعارض است ولی چون سند روایت دوم ضعیف است و حجت نیست نمی‌تواند با روایت اول معارضه داشته باشد.(۱)

۳۰۳ - حکم دو دلیل متعارض

هرگاه دو دلیل ظاهراً با هم تناقض داشته باشند باید دید آیا می‌توان از راه تخصیص یا تخصص یا ورود یا حکومت یا جمع عرفی تعارض آنها را برطرف کرد یا نه؟ درصورت امکان باید به یکی از طرق مزبور تعارض را رفع کرد و هر دو دلیل را بکار بست که گفته‌اند: *«اَلْجَمْعُ مَهْمٰا اَمْكَنَ اَوْلىٰ مِنَ الطَّرح»*. سرانجام اگر تعارض از این راهها رفع نشود آنگاه می‌توان گفت واقعاً تعارض در میان دو دلیل مسلم است. ولی بیشتر اوقات تناقض ظاهری دو دلیل را تعارض می‌گویند درحالی که واقعاً بین آنها تعارضی نیست. بلکه به یکی از صور مذکور قابل جمع می‌باشند. به هرحال در صورتی که بین دو دلیل واقعاً تعارض باشد هر دو دلیل تساقط می‌نمایند، مگر اینکه مورد واجد شرائط نسخ باشد که یکی دیگری را منسوخ می‌کند. در صورت تساقط مثل این است که دلیلی در بین وجود ندارد و این جمله مشهور است که : *«اَلدَّلیلانِ اِذٰاتَعٰارَضٰا تَسٰاقَطٰا»*. این راه حلی عقلی است که از نظر حقوق موضوعه قابل قبول است و از نظر شرعی نیز علیٰ‌القاعده می‌توان آن را پذیرفت. ولی اخبار و احادیث مختلف است و همین امر باعث اختلاف نظر اصولیین و فقها گردیده که به‌طور خلاصه، بعضی به تخییر معتقدند، برخی به احتیاط درصورت امکان وگرنه به تخییر معتقدند و گروهی به توقف معتقدند. به‌طوری که در بحث تخییر گذشت محققان متأخر به تخییر معتقدند (رک شماره ۲۷۶).

نکته : آنچه گفته شد عقیدهٔ فقها و اصولیین بر مبنای فقه و اصول فقه است و به نظر می‌رسد بحث منحصر باشد به مواردی که نتوان دلیل دوم را ناسخ دلیل اول گرفت. مانند آنکه زمان عمل به دلیل مقدم نرسیده باشد و گرنه دلیل دوم ناسخ دلیل اول خواهد بود.

---

۱ - **شرایع‌الاسلام**، محقق حلی، کتاب شفعه، لواحق، مسألهٔ دوم.

۳۰۴ - تعارض ظاهری

گاهی دو دلیل به ظاهر متعارضند ولی پس از دقت و چاره‌جویی معلوم می‌شود که تعارض واقعی نیست. چه، منظور از تعارض واقعی این است که : شارع و قانونگذار نتواند مدلول هر دو دلیل را بخواهد، اما در موارد تعارض ظاهری چنین نیست و خواستن هر دو ممکن است. این موارد عبارتند از: تزاحم احکام، تخصیص، تخصص ، ورود، حکومت و جمع عرفی. ذیلاً این عناوین را توضیح می‌دهیم.

۳۰۵ - تزاحم

تزاحم از مادهٔ «زحمت» است و در اصطلاح هرگاه دو حکم برای یکدیگر زحمت و مزاحمتی فراهم نمایند که نتوان به هر دو عمل کرد این وضع را تزاحم گویند. مثلاً هرگاه شخصی پدر و مادر فقیری دارد که باید مخارج هر دو را بدهد ولی او تنها برای یکنفرشان می‌تواند تأمین مخارج نماید در این صورت می‌گویند بین حکم وجوب انفاق به پدر و حکم وجوب انفاق به مادر تزاحم وجود دارد. یعنی: قانونگذار هر دو را خواسته ولی مکلف نمی‌تواند هر دو را انجام دهد.

مثال دیگر برای تزاحم : قبول ولایت از طرف سلطان جائر حرام است، ولی اگر امر به معروف و نهی از منکر متوقف بر آن باشد به فتوای برخی مانند شیخ مرتضٰی انصاری و صاحب مسالك واجب است و این دو چنانکه شیخ انصاری می‌گوید از باب تزاحمند، یا طبق نظر صاحب جواهر از باب تعارضند.[۱]

- تزاحم حقوق غرما در دارائی مفلّس و ورشکسته، تزاحم وصایای متعدد، تزاحم وصایا با منجزات مریض مثال‌های دیگرند.

وضع دو حکم متزاحم

هرگاه بین دو حکم تزاحم باشد درصورتی که یکی نسبت به دیگری مهم‌تر باشد آن، مقدم است وگرنه مکلف مخیر است. مثلاً هرگاه در مثال نجات غریق یکی از دو نفر پدر نجات دهنده ودیگری بیگانه باشد نجات پدر مقدم است ولی هرگاه هر دو بیگانه باشند تخییر است. در مثال نفقه هرگاه واجب النفقه پدر و مادر باشد حکم تخییر است، ولی اگر پدر و زوجه باشند

---

۱ - رجوع شود به «مسئلهٔ ولایت از طرف سلطان جائر» در مکاسب، شرایع، مسالك و جواهر، مکاسب یک جلدی، صفحهٔ ۵۷، چاپ خوانساری.

زوجه مقدم است (مادهٔ ۱۲۰۳ ق.م.). این راه‌حل را قاعدهٔ تقدم اهم بر مهم[1] گویند (*اَلْاَهَمّ فَالْاَهَمّ*).

قاعدهٔ ترتب – در اینجا این بحث مطرح است که اگر نسبت به انجام «اهم» عصیان شود یعنی مکلف اهم را ترک کند و مثلاً به زوجه‌اش نفقه ندهد؛ آیا «مهم» مأمورٌ به هست یا نیست؟ آیا باید نفقهٔ پدر را بدهد؟ متأخران معتقدند که در این صورت «مهم» مطلوب و مأموربه هست و این حکم را مبتنی‌بر «قاعدهٔ ترتب» می‌دانند که بحثی است نسبتاً تازه و مشکل و می‌توان آن را در کتاب تقریرات میرزای نائینی ملاحظه کرد.

فرق تعارض و تزاحم

بین تعارض و تزاحم فرق‌های زیادی است که می‌توان در کتب مفصل اصولی آنها را دید و برای ما همین اندازه کافی است که بدانیم:

اولاً – تعارض حالت و وضعیت دو دلیل است نسبت به یکدیگر و تزاحم حالت و وضعیت دو حکم است در برابر هم. از این روی می‌گویند. «*تَعارض دَلیلَیْن و تَزاحَم حُکْمَیْن*».

ثانیاً – تعارض میان دو دلیل در مرحلهٔ قانونگذاری است و تزاحم دو حکم در مرحلهٔ اجرای قانون است. بدین توضیح که در مثال تعارض مثلاً دلیل اثبات شلاق زدن به چاقوکش با دلیل نفی شلاق زدن به او تنافی و برخورد دارند. یعنی نمی‌توان گفت که قانونگذار هم شلاق زدن را خواسته و هم نخواسته است. ولی در مثال تزاحم دلیل وجوب انفاق به پدر با دلیل وجوب انفاق به مادر در مقام قانونگذاری هیچ‌گونه تنافی و تضادّی با هم ندارند ولی در مقام اجرای قانون از آنجا که مقدورات و امکانات مکلف اجازه نمی‌دهد مخارج هر دو را بدهد، بین دو حکم تزاحم بوجود می‌آید.

به بیان دیگر، تعارض دو دلیل به واسطهٔ آن است که قانونگذار نمی‌تواند چنان دستوری دهد، ولی تزاحم دو حکم ناشی از این است که مکلف نمی‌تواند هر دو حکم را اجرا نماید درحالی که هر دو دستور درست است.

مثالی برای تعارض – مادهٔ ۲۱۲ قانون مدنی می‌گوید : «معامله با اشخاصی که بالغ یا عاقل یا رشید نیستند، باطل است» و مادهٔ ۲۱۳ همان قانون می‌گوید: «معاملهٔ محجورین نافذ نیست». این دو ماده با هم تعارض دارند. بدین‌معنا که قانونگذار نمی‌تواند بگوید معاملهٔ غیر رشید باطل‌است و معاملهٔ غیر رشید غیر نافذ است. زیرا باطل عملی است بی‌اثر در حالی که غیر نافذ

---

۱ – تقدم اهم بر مهم یکی از جهات ترجیح در مسئلهٔ تزاحم است ، این جهات پنج تا است، رجوع شود به مسئلهٔ تزاحم در تقریرات مرحوم میرزای نائینی.

در اصطلاح حقوق عملی است که با تأیید و تنفیذ اثر خواهد داشت.

ولی مسأله دو نفر غریق مثالی برای تزاحم است. زیرا می‌دانیم نجات غریق عقلا[1] و شرعاً واجب است. حال هرگاه دو نفر با هم درحال غرق شدن باشند و نجات دهنده فقط بتواند یکی از آنها را نجات دهد این را می‌گوید تزاحم دو واجب یا دو حکم. و این تزاحم بدان جهت است که مکلف نمی‌تواند هر دو وظیفه را انجام دهد.

مثالی دیگر برای تزاحم - مادهٔ ۱۲۰ قانون مدنی می‌گوید: «اگر صاحب دیوار به همسایه اذن بدهد که بر روی دیوار او سرتیر بگذارد یا روی آن بنا کند هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند...» حال هرگاه کسی با اذن، دیوار طبقهٔ دوم خانهٔ خود را روی دیوار خانهٔ همسایه بنا کند و خانه بسازد و بعد همسایه بخواهد از اذن خود رجوع کند، در این صورت رجوع او مستلزم زیان و خرابی خانهٔ این شخص است و نیز عدم رجوع او زیان و تحمیلی است بیجا برخودش و این دو با هم متزاحمند.

۳۰۶ - تخصیص

چنانکه پیش از این اشاره شد، تخصیص عبارت است از بیرون بردن فرد یا افرادی از حکمی که برای همهٔ افراد عام گفته شده است. مانند اینکه می‌گویند همهٔ مردم می‌توانند در انتخابات شرکت کنند بجز آنها که محکومیت کیفری مؤثر دارند. در اینجا بدون دخالت و تصرف در موضوع یا حکم، افرادی را از حکم عام خارج کرده‌ایم.

۳۰۷ - تخصص

در اصطلاح علم اصول فقه تخصص عبارت است از اینکه موضوعی واقعاً از عام خارج باشد. مثلاً هرگاه بگویند هر مردی که به سن ۲۰ سالگی می‌رسد، باید خدمت نظام را انجام دهد، زنان این وظیفه را ندارند. زیرا واقعاً از موضوع خارجند و به اصطلاح خروج موضوعی دارند. مثلاً در کتاب شرایع آمده است: که شهادت شرط هیچ عقدی نیست مگر طلاق. و می‌دانیم که طلاق ایقاع است نه عقد[2].

تخصص و ورود بهم نزدیکند، ولی یکی نیستند و با هم فرق دارند. فرق آنها این است که اگر در تخصص جمله دوم حذف شود، وسعت و شمول جمله اول کم یا زیاد نمی‌شود، ولی در ورود اگر جملهٔ دوم حذف شود وسعت و شمول جمله اول کم یا زیاد می‌شود. این مطلب از

---

۱ - **اصول المظفر**، جلد چهارم، صفحه ۲۳۳ و ۲۳۴.

۲ - **شرایع‌الاسلام**، محقق حلی، چاپ عبدالرحیم، ص ۳۴۰.

دقت در مطالب و مثال‌های زیر به‌خوبی روشن می‌شود.

۳۰۸ - ورود[۱]

ورود عبارت است از اینکه موضوعی واقعاً از عموم خارج نباشد ولی قانون آن را خارج دانسته باشد یا، برعکس، موضوعی واقعاً از عموم عام خارج باشد ولی قانون آن را داخل دانسته باشد. در مثال بالا هرگاه بخواهند اول مهرماه ۴۹ مشمول قانون نظام وظیفه را احضار کنند، باید او متولد نیمهٔ اول سال ۱۳۲۹ باشد تا اینکه روز اول مهرماه ۴۹ بیست سالش تمام باشد. حال هرگاه مقررات نظام وظیفه دلالت کند براینکه همه متولدین سال ۱۳۲۹ باید روز اول مهرماه ۴۹ به خدمت نظام بروند، در اینجا افراد کمتر از ۲۰ ساله را مشمول دانسته‌اند درحالی که واقعاً از موضوع دلیل اول خارج است. ولی مقررات چنین دلالت داشته و به اصطلاح «تعبداً» این را هم از آن موضوع دانسته است. چنین وضعی را «ورود»، دلیل دوم را «وارد» و دلیل اول را «مورود» گویند. «تعبّداً» یعنی فقط برای اطاعت قانون یا شرع.

۳۰۹ - حکومت[۲]

حکومت در باب تعارض ادلّه عبارت است از بیرون بردن فردی از حکمی که برای موضوعی صادر شده. مانند حکومت قاعدهٔ لاضرر بر قاعدهٔ تسلیط. حکومت مانند تخصیص است ولی با آن از جهتی فرق دارد و آن این است که در تخصیص فرد یا افرادی از حکم خارج می‌شوند بدون تصرف و دخالتی در موضوع، ولی در حکومت با تصرف و دخالت در موضوع فرد یا افرادی از حکم خارج می‌شوند. مثلاً هرگاه بگویند ***«اَکرِمِ العلماءَ اِلّا زیداً العالمَ»*** این تخصیص است. زیرا بدون هیچ تصرف و دخالتی در موضوع حکم اول، زید عالم را از حکم آن خارج می‌سازند ولی اگر بگویند: ***«اَکرِمِ العلماءَ و زیدٌ لَیسَ بعالِمٍ»*** در حالی که زید عالم باشد؛ این را حکومت گویند.

دخالت و تصرف در موضوع ممکن است با اخراج بعضی باشد مانند مثالی که گذشت، و ممکن است با داخل دانستن فرد یا افرادی باشد مثل اینکه در مثال پیش زید عالم نباشد ولی آمر بگوید که : ***«اَکرِمِ العلماءَ و زیدٌ عالمٌ»***

برخی از بزرگان[۳] تعبیری ظریف در فرق میان تخصیص و حکومت دارند و می‌گویند: دلیل حاکم با لسان مسالمت‌آمیز با دلیل عام صحبت می‌کند درحالی که مخصص با زبان معارضه

---

۱ - **تقریرات** میرزای نائینی / کاظمی، ج ۴، ص ۲۶۶.

۲ - مأخذ پیش.

۳ - **قاعده لاضرر**، آیةالله سیدعلی سیستانی، ص ۲۲۹.

با عام در برابر آن سخن می‌گوید. و منظورشان همین توضیح پیشین است.

در رسائل شیخ انصاری در بیان فرق تخصیص و حکومت چنین آمده است: تخصیص به حکم عقل بیان عام است و حکومت به دلالت لفظی این اثر را دارد.

ورود و حکومت شبیه یکدیگرند ولی با هم فرق‌هائی نیز دارند و می‌توان آنها را در کتابهای اصولیین متأخر ملاحظه کرد.

۳۱۰ - جمع عرفی[1]

در باب تعارض ادله این قضیه مشهور است که *«اَلجَمْعُ مُهما اَمْکَنَ اَوْلیٰ مِن اَلْطَرحِ»* یعنی تا آنجا که ممکن باشد، جمع میان دو یا چند دلیل متعارض و بکار بستن آنها بهتر از «طرح» و دور انداختن یکی یا هر دوی آنهاست[2]. قبلاً به دو نکته باید توجّه داشت:

اولاً - منظور از جمع، جمع عرفی است یعنی اینکه عرف جمع کردن و بکار بستن آنها را بپسندد و به تعبیر برخی از بزرگان «جمع مقبول» باشد. در برابر این اصطلاح، اصطلاح «جمع تبرئی» را بکار می‌برند که مورد قبول نمی‌باشد و تأویلی است بدون شاهد و دلیل.

ثانیاً - منظور از «اولٰی» چنانکه در فقه معمول است، مستحب بودن نیست، بلکه اگر آن را بپذیریم لازم است که بر وفق آن عمل کنیم و اولویت تعیینی است. به بیانی روشن‌تر «اولی» در فقه یعنی مستحب، ولی اینجا یعنی واجب.

و اما اینکه «جمع» کجا ممکن است؟ موارد آن را به شرح زیر دانسته‌اند:

۱- تعارض ظاهری بین عام و خاص و بین مطلق و مقید.

۲- تقدم نصّ بر ظاهر.

۳- تقدیم اظهر بر ظاهر.

۴- هرگاه قدر متیقنی خارج از دلالت لفظی در بین باشد، چون در این فرض از ابتدا تعارضی نیست، مانند خبر: *«ثَمَنُ العذرَةِ سُحْت»* و خبر *«لٰابأسَ بِبَیْعِ العذرة»* که : قدر متیقن اولی مدفوع انسان و قدر متیقن دومی مدفوع حیوان مأکول اللحم و این دو خبر اگر چه به‌ظاهر متعارضند ولی عرفاً با حمل هر یك بر قدر متیقن قابل جمع هستند و تعارض آنها رفع می‌شود.[3]

---

۱ - **اصول‌المظفر**، جلد چهارم، صفحهٔ ۲۳۴.

۲ - شیخ انصاری در این قضیهٔ مشهور بحثی مفصل دارد ولی سرانجام آن را به‌نحوی می‌پذیرد، رجوع شود به رسائل، چاپ ۱۳۱۵.

۳ - مأخذ شمارهٔ ۱.

مثالی دیگر: روایاتی داریم به مضمون : **«لاتَبِعْ مالَیسَ عِندَك»** یعنی چیزی را که نداری نفروش و روایتی داریم که امام اجازه داده است که شخص طعامی را که ندارد بفروشد. فقها روایات اول را حمل کرده‌اند بر بیع عین خارجی و این را قدر متیقّن دانسته‌اند و روایت دوم را حمل کرده‌اند بر بیع عین کلی فی‌الذمه[۱].

موارد جمع عرفی منحصر به اینها نیست و در بررسی کتب فقهی نمونه‌های دیگری از آن می‌توان یافت. از جمله جمع بین روایاتی که دلالت دارند بر استقلال نظر ولّی در ازدواج دختران و بر استقلال نظر دختران در این امر[۲].

۳۱۱ - *تراجیح*[۳]

این کلمه جمع سماعی کلمهٔ ترجیح است. جمع قیاسی آن می‌شود «ترجیحات». معنای آن نیز معنای مصدری نیست، بلکه تراجیح به معنای «مرجحات» است.

منظور از مرجحات چیزهایی است که دلیلی را بر دلیل دیگر برتری و ترجیح می‌دهد و تعارض را از بین می‌برد و این بر سه گونه است: شهرت، موافقت داشتن روایت با قرآن و مخالفت روایت با مذاهب اهل سنت. که به اختصار به شرح هر یك می‌پردازیم:

شهرت - به‌شرحی که در «امارات» گذشت، شهرت دارای اقسامی است و در حجّیت آنها نیز اختلاف نظر است. ولی اجمالاً می‌توان گفت که : شهرت روایتی موجب ترجیح روایتی بر روایت دیگر می‌شوند.

موافقت با قرآن - هرگاه خبری با نص قرآن مخالف باشد باطل و بیهوده است. ولی اگر خبری با ظاهر قرآن موافق نباشد یا مخالف باشد، آن، که با ظاهر قرآن موافق است بر دیگری مرجح و برتر است.

مخالفت روایت با مذاهب اهل سنت - هرگاه از دو خبر متعارض یکی با مذاهب اهل سنت موافق و خبری دیگر با آن مخالف باشد، از آنجا که در مورد خبر موافق احتمال تقیه می‌رود و این احتمال در دیگری منتفی است، خبر مخالف مذاهب اهل سنت مرجح است.

مثال: در مسألهٔ ازدواج دوشیزگان روایاتی داریم که دلالت بر استقلال نظر ولیّ آنان دارد. امّا صاحب جواهر می‌فرماید این روایات اولاً مخالف ظاهر کتاب و ثانیاً موافق مذاهب مالکی، شافعی و حنبلی است و لذا مردودند[۴].

---

۱ - **فقه‌الامام جعفرالصادق**، محمد جواد مغنّیه، ج ۴، ص ۱۲۷.

۲ - **مسالک**، شهید ثانی، باب ولایت در نکاح.

۳ - **اصول المظفر**، جلد چهارم، صفحهٔ ۲۰۹.

۴ - **جواهرالکلام**، نجفی، شیخ محمدحسن، ج ۲۹ ص ۱۸۰ و ۱۸۱

خاتمه - اجتهاد و تقلید

۳۱۲ - مقدمه

اجتهاد و تقلید از موضوعاتی هستند که در اواخر کتابهای اصولی مورد بحث قرار می‌گیرند. زیرا این دو، اگر از موضوعات اصولی نباشند، نتیجه و غایت مباحث علم اصول فقه هستند. ولی تقلید از مقدمات مسائل فقهی نیز هست و بدین لحاظ در ابتدای رساله‌های عملی فقهی مطرح می‌شود.[۱] در این بررسی از هر دو دسته منابع مذکور استفاده شده و به پیروی از روش اصولیین در آخر کتاب به این بحث پرداخته‌ایم. نظر به تنوع و تفاوت موضوع و برای سهولت تفهیم و تفهم، این مبحث را در دو بخش بررسی می‌کنیم:

بخش اول - اجتهاد.

بخش دوم - تقلید.

---

۱ - برای نمونه‌های کتب اصولی رجوع شود به کتاب **کفایةالاصول**، تألیف مرحوم آخوند ملاکاظم خراسانی، اواخر جلد دوم؛ کتاب **قوانین‌الاصول**، تألیف مرحوم میرزا ابولقاسم قمی، اواخر جلد دوم و کتاب **فصول‌فی‌الاصول**، تألیف مرحوم محمدحسین‌بن محمدرحیم، اواخر جلد دوم. برای نمونه‌های رساله‌های فقهی می‌توان به **عروةالوثقی**، تألیف مرحوم سید محمدکاظم یزدی، **وسیلةالنجات**، تألیف مرحوم سیدابوالحسن اصفهانی رجوع کرد.

بخش اول - اجتهاد

۳۱۳ - تعریف اجتهاد

معنای لغوی آن

اجتهاد از جهد مشتق است، جهد (به فتح جیم) یعنی کوشش و (به ضم آن) یعنی رنج و مشقت.[۱] بنابرآنکه آن را از جهد (مفتوح) مشتق بدانیم به‌معنای قبول جهد و کوشش و درصورتی که آن را از جهد (مضموم) بگیریم به‌معنای تحمل مشقت و پذیرفتن رنج و دشواری است. از آنجاکه تحمل مشقت لازمهٔ قبول جهد و کوشش است، مشتق دانستن آن از معنای اول به نظر برتر و مرجح می‌آید.

معنای اصطلاحی آن

در اصطلاح علم اصول فقه و فقه برای اجتهاد چند تعریف ذکر کرده‌اند:

تعریف اول - در برخی کتب اصولی[۲] اجتهاد را چنین تعریف کرده‌اند: ***«استفراغُ الفقیهِ الوُسعَ فی تحصیلِ الظنِ بحکمٍ شرعیٍ»*** یعنی اجتهاد عبارت است از اینکه: فقیه نهایت درجهٔ کوشش خود را برای به دست‌آوردن ظن به حکم شرعی به کار برد.

در این تعریف جای بحث و ایراد زیاد است، از جمله: در بکاربردن، قید «فقیه» که برخی گفته‌اند[۳] این قید زائد است. زیرا کسی جز فقیه نمی‌تواند اجتهاد کند و از این روی لزومی ندارد که این قید آورده شود، مگر اینکه بگوئیم منظور از فقیه تنها فقیه بالفعل نیست، بلکه فقیه بالقوهٔ نزدیک به بالفعل را، یعنی کسی که ملکهٔ استنباط و آمادگی برای آن را بدست آورده باشد،

---

۱ - رجوع شود به کتاب **مجمع‌البحرین**، تألیف شیخ طریحی، در کلمه «جهد»؛ کتاب **صحاح‌اللغه**، تألیف جوهری، چاپ قاهره، سال ۱۳۷۶ قمری، جزءِ اول، صفحهٔ ۴۵۷ و **اساس البلاغه**، تألیف زمخشری، چاپ قاهره، جزءِ اول، صفحه ۱۴۴.

۲ - **فصول فی الاصول**، محمدحسین بن عبدالرحیم، صفحهٔ ۱۱۲ به نقل از حاجبی.

۳ - **مرجع پیش**، به نقل از تفتازانی.

نیز فرا می‌گیرد.

اشکال دیگری که به‌نظر بعضی‌ها[1] این قید ایجاد می‌کند، دَوْر است. زیرا در این تعریف اجتهاد با فقیه و فقه تعریف شده و دانستن معنای فقیه و فقه نیز متوقف است بردانستن معنای اجتهاد که این مستلزم دور است و دور هم باطل است. به این اشکال هم جواب‌هایی داده‌اند که از شرح آنها برای رعایت اختصار خودداری می‌شود. اجمالاً می‌توان گفت: یا منظور فقیه بالقوه است یا کسی است که در مسائلی فقیه است و اکنون می‌خواهد در مسائلی دیگر اجتهاد کند.

این دو اشکال مهم نیستند. مخصوصاً اشکال اول، زیرا حتّی اگر کلمه فقیه حذف شود، باید آن را در تقدیر گرفت. اشکال مهم تقیید به «ظن» است، زیرا این سؤال را مطرح می‌کند: مگر تحصیل «علم» به حکم شرعی اجتهاد نیست؟ومگر در موارد شك در حکم شرعی راه‌حل‌هائی که برای معذور بودن و معافیت از مجازات اتخاذ می‌شود، و مفید ظن نیستند یا حجّیت آنها مقید به حصول ظن نیست، مثل استفاده از اصل برائت و اصول دیگر، اجتهاد نمی‌باشد؟

صاحب قوانین[2] می‌گوید: قید «ظنی» برای اخراج ضروریات و احکام قطعی نظری است و ادامه می‌دهد که ضروریات باتوجه به تعبیر «استفراغ وسع» خارج می‌شود، ولی اخراج احکام قطعی نظری از شمول تعریف اجتهاد کار درستی نیست.

صاحب کفایه[3] می‌نویسد : «.... بهتر است که عبارت «ظن به حکم» تبدیل به «ظنّ حجت» شود، چون ظن به حکم خود یکی از افراد حجت است. در این صورت اشکال دوم هم رفع می‌شود. چون اصول عملیه درصورت شك، خود حجت و رافع مسؤولیت و موجب معذوریت می‌باشند».

روش دیگری که در جواب این اشکال می‌توان در پیش گرفت این است که بگوئیم «حکم» اطلاق دارد هم شامل حکم واقعی است و هم حکم ظاهری را فرا می‌گیرد و مؤدّای اصول را می‌توان حکم ظاهری دانست و بدین‌ترتیب «تحصل ظن» به آن نیز اجتهاد است. ولی این جواب، اشکال تحصیل «علم» را پاسخ نمی‌دهد.

قید «شرعی» برای بیرون کردن عقلیات از تعریف اجتهاد است که استنباط آنها را در اصطلاح اصول فقه و فقه اجتهاد نمی‌گویند.

---

۱ - **همان مرجع**، به نقل از میرزای قمی.

۲ - **قوانین الاصول**، میرزای قمی، جلد دوم، صفحهٔ ۱۰۱.

۳ - **کفایةالاصول**، آخوند ملاکاظم خراسانی، جلد دوم، صفحهٔ دهم.

باید توجّه داشت که منظور از حکم، حکم فرعی است و بررسی مسائل اصول دین و اصول فقه را شامل نمی‌شود. هر چند در لغت و در اصطلاحی دیگر، غیر از اصطلاح فقه و اصول فقه، آن را اجتهاد نامند.

تعریف دوم - برخی دیگر از اصولیین[1] برای اجتهاد تعریف دیگری آورده‌اند: ***«الاجتهادُ ملکةٌ یُقْتَدَر بِها علیٰ اسْتِنْباطِ الحُکمِ الشَّرعیِ مِنَ الاصلِ فعلاً او قوةً قریبةً»*** یعنی: اجتهاد عبارت است از نیرویی نفسانی و ثابت که به وسیلهٔ آن توانائی استنباط حکم شرعی فرعی از دلیل آن، بالفعل یا بالقوه نزدیك، حاصل می‌شود.

تفاوت این تعریف با تعریف پیشین در این است که تعریف اول عام است، هم صاحب ملکه را فرا می‌گیرد و هم کسی را که هنوز صاحب ملکهٔ استنباط نشده، ولی حالت و وصف استنباط را بدست آورده است؛ درحالی که تعریف دوم دسته دوم را فرا نمی‌گیرد.

تعریف سوم - و سرانجام تعریف مختصر دیگری که از بررسی عبارات اصولیین و فقها به دست می‌آید این است که: «رد فرع بر اصل» یا «تطبیق اصل بر فرع» را اجتهاد گویند.

بنظر می‌رسد هر یك از این سه تعریف از گوشه‌ای به مسأله ناظر است، با هم متناقض نبوده و قابل جمع می‌باشند. زیرا «استفراغ الوسع...» بیان کاری است که مجتهد می‌کند، «رد فرع براصل یا تطبیق اصل برفرع» کیفیت و نتیجهٔ آن را نشان می‌دهد و «ملکة یقتدر بها...» وصفی را که بر اثر تکرار این کار برای فاعل آن حاصل می‌شود، مشخص می‌سازد. اما از آنجا که با یك یا دو یا چند بار انجام گرفتن این کار این حالت و قدرت نفسانی برای انسان حاصل نمی‌شود، باید توجه داشت که وقتی می‌توان کسی را مجتهد دانست که ملکهٔ استنباط برایش حاصل شده باشد. نظیر این وصف اوصاف فراوان داریم: نقاش، نجّار، بنّا، پزشك، راننده و امثال اینها همه از این بابند.

۳۱۴ - *اقسام اجتهاد*

در کتب اصولی برای اجتهاد دو قسم بیان شده و گفته‌اند که : اجتهاد تقسیم می‌شود به مطلق و تجزی و به تبع این تقسیم، مجتهد هم دو نوع است: مجتهد مطلق و مجتهد متجزّی.

اجتهاد مطلق - اجتهاد مطلق عبارت است از اینکه مجتهد بتواند همهٔ احکام را از دلائل آن استنباط کند. این‌گونه اجتهاد بدون تردید برای بزرگان فقها ممکن است و حاصل شده است.

---

۱ - **قوانین الاصول**، میرزای قمی، جلد دوم، صفحه۱۰۲. این تعریف را از شیخ بهائی نقل کرده است.

اینکه دیده می‌شود فقهای بزرگ در مسائلی توقف می‌کنند ناشی از نداشتن قوهٔ استنباط نیست. بلکه به واسطهٔ آن است که گاهی برای دست یافتن براحکام واقعی دلیل کافی بنظر نرسیده قائل به توقف می‌شوند. این توقف نسبت به حکم واقعی است. ولی در همان مورد و با همان وضع، حکم فعلی را بیان می‌کنند. مثلاً هرگاه به واسطهٔ تعارض دلیلین نتوان حکم داد و حکم واقعی را بیان کرد، برحسب اینکه راه‌حل تعارض در نظر مجتهد چه باشد، در مرحله بیان حکم فعلی یا معتقد به تخییر می‌شود یا معتقد به تساقط آن دو دلیل می‌گردد و درصورت دوم حکم فعلی را طبق اصلی از اصول عملی تعیین می‌کند.

مجتهد مطلق به نظر و فتوای خود عمل می‌کند و تقلید از دیگری بر او حرام است، غیر مجتهد نیز از او تقلید می‌کند. چنین مجتهدی می‌تواند عهده‌دار منصب قضاوت نیز بشود.

در اینجا براساس اینکه معتقد به انفتاح باب علم یا انسداد آن و حجّیت ظن مطلق از باب حکومت عقل یا کشف از واقع باشیم، مباحثی است که این مختصر درخور آن نیست و می‌توان آنها را در کتب مفصل اصولی مانند فرائدالاصول شیخ‌انصاری، کفایةالاصول آخوند خراسانی و تقریرات میرزای نائینی ملاحظه کرد.

تجزّی در اجتهاد - باتوجه به تعریف اجتهاد مطلق که گذشت، تعریف تجزّی در اجتهاد چنین خواهد بود که: تجزّی در اجتهاد آن است که مجتهد بتواند برخی از احکام را از ادله استنباط کند و برخی را نتواند.

در اینجا مجال بحث و گفتگو فراوان است: برخی از اصولیین چنین چیزی را قابل قبول نمی‌دانند و برخی دیگر آن را درست می‌دانند. آنان که تجزّی در اجتهاد را درست می‌دانند استدلال می‌کنند[1] که ادلهٔ احکام متعدد و از حیث آسانی و دشواری متفاوتند و نیز افراد هم از حیث اطلاع براین ادله و توانائی بر دست یافتن بر آنها یکسان نیستند و اصولاً رسیدن به مرحلهٔ اجتهاد مسبوق به رسیدن به مرحلهٔ تجزّی و طی کردن آن است. بنابراین تجزّی در اجتهاد درست است.

دلیل کسانی که تجزّی در اجتهاد را قابل قبول نمی‌دانند این است که: مجتهد کسی است که ملکهٔ استنباط داشته باشد و این ملکه پس از ممارست فراوان بدست می‌آید. هر کس آن را به دست آورد می‌تواند هر یك از احکام را بخواهد استنباط کند و پیش از آنکه این قوهٔ نفسانی را

---

۱ - **کفایةالاصول**، آخوند خراسانی، جلد دوم، صفحهٔ ۴۲۷ و **قوانین الاصول**، میرزای قمی، جلد دوم، صفحهٔ ۱۵۲ تا ۱۶۰.

به‌دست آورد، مجتهد نیست هر چند استنباط‌هائی کرده باشد پس تجزّی در اجتهاد معنا ندارد. البته دستهٔ اول سعی کرده‌اند این اشکال را پاسخ دهند و گفته‌اند که «ملکه» قابل شدت و ضعف است و بعلاوه متعلق آن تجزیه‌پذیر است.

این بحث خالی از فایدهٔ عملی نیست، زیرا اگر معتقد باشیم که تجزّی در اجتهاد درست است، مجتهد متجزّی در مسائلی که اجتهاد کرده باید به‌نظر خود عمل کند، در آن مسائل تقلید بر او حرام است و تقلید غیر از او در همان مسائل و قضاوت او در خصوص آن مسائل نیز مطرح است و برعکس اگر معتقد باشیم که تجزّی در اجتهاد درست نیست، هیچ یك از این نتایج را نخواهیم گرفت.

چند نکتهٔ کوتاه:

۱ - ظاهراً فقهاء اجازهٔ قضاوت به مجتهد متجزی نمی‌دهند[1].

۲ - قاضی تحکیم کسی است که دارای تمام شرائط باشد بجز حکم انتصاب از سوی امام. این وضع مربوط است به زمان حضور امام (ع) و در زمان غیبت مصداق ندارد.

۳ - داوری غیر از قضاوت است. قضاوت حکم است میان اصحاب دعویٰ براساس فقه یا قانون و حکم قاضی لازم‌الاجراء است. چه محکوم‌علیه بخواهد یا نخواهد. ولی داوری مبتنی است بر توافق طرفین در مراجعه به شخصی، خواه واجد شرائط قضاوت باشد یا نباشد، و بر توافق در اجراءِ نظر داور وسیله طرفین دعویٰ.

۳۱۵ - *مقدمات اجتهاد*

به‌طوری که از تعریف اجتهاد فهمیده می‌شود دانستن «ادلهٔ تفصیلیه» مقدمهٔ اجتهاد است و آنها عبارتند از: قرآن، سنت، اجماع، عقل و بنابر اعتقاد مذاهب اهل سنت، امور دیگری. هر یك از اینها خود مقدماتی دارد که تا آنها را ندانیم این را نمی‌توانیم بدانیم. چنانکه دانستن قرآن متوقف است بردانستن صرف ونحو و لغت و تفسیر. دانستن سنت متوقف است بر دانستن علم روایت که در آن از شرائط و آثار سنت بحث می‌شود و علم درایه که در آن شرح حال راویان اخبار نوشته شده است. علاوه بر اینها قواعد خاصی برای استنباط احکام تدوین شده که علم اصول فقه را تشکیل می‌دهد و اساس کار استنباط است. چنانکه منطق که اساس استدلال به طورکلی است نیز در این مقام مورد نیاز است. بنابراین برای اجتهاد تعدادی از علوم باید قبلاً

---

۱ - **مفتاح‌الکرامه**، جلد دهم، اول باب قضا.

آموخته شوند که ذیلاً به شرح آنها می‌پردازیم. ولی باید دانست که مقدار مورد لزوم از هر یك ممکن است با دیگری متفاوت باشد و از این روی باید به مقدار آن هم توجه داشت.

۱- ***علوم عربی یا ادبیات عرب*** : منظور از اینها علم صرف، علم نحو و علم لغت است گاهی از آخری به «متن اللغه» تعبیر می‌شود. لزوم اینها روشن است. زیرا ادلهٔ استنباط عربی هستند و دانستن ادله بدون عربی ممکن نیست. مقدار لازم از اینها دانستن مسائل اصلی و مهم آنهاست، هر چند در هر یك از آنها به مقام اجتهاد، به معنای اصطلاحی نرسیده باشد. علم بیان و معانی و بدیع از ادبیات عرب محسوب است و دانستن آنها اگر چه مفید است ولی برای اجتهاد لازم نیست.

۲- ***تفسیر قرآن:*** در حدود دانستن آیات الاحکام و ناسخ و منسوخ آنها، در حد اجتهاد.

۳- ***اصول فقه*** : به معنای عام آن که شامل اصول لفظیه، عملیه، بحث ادله، قواعد فقه، مبحث تعادل و تراجیح نیز بشود و به علت تأثیر فراوان قواعد و مسائل این علم در اجتهاد، مقدار لازم آن بیش از علوم دیگر و در حد اجتهاد در آن است.

۴- **منطق** : به‌مقداری که بتواند استدلال درست را از نادرست تشخیص دهد.

۵- ***دانستن احادیث*** متعلق به احکام، شرائط و اوصاف آنها و اینکه کدام حجت است و کدام نیست، ناسخ و منسوخ آنها کدام است و متعارض و مرجَّح آنها چیست، همهٔ اینها در حد اجتهاد (علم‌درایه).

۶- ***علم رجال و*** تراجم احوال یا شرح حال راویان اخبار در حدی که راویان را بشناسد و عدالت آنها و سایر شرایط لازم آنها را بداند هر چند دربارهٔ آنها به سرحد اجتهاد نرسیده باشد، مگر درمورد اختلاف که لازم است بتواند شخصاً دربارهٔ آنها تصمیم بگیرد.

۷- ***دانستن فقه*** و نظر فقها و موارد اجماع و اختلاف.

۸- علم‌کلام و آشنائی با اصطلاحات فلسفه.

۹- ***ملکهٔ استنباط*** :یعنی پیداکردن قدرت تطبیق اصول بر فروع و ردِّ فروع به اصول. عمده و اساس کار اجتهاد همین است و این، قوهٔ قدسی الهی است که به هر کس مصلحت بداند، اعطاء می‌فرماید و البته تحصیل و اکتساب نیز در آن تأثیر شایانی دارد[1] که فرمود: ***«وَالَّذینَ جاهَدُوا فینا لَنَهدِیَنَّهُمْ سُبُلَنا»***.[2]

---

۱ - **شرح‌لمعه**، شهید ثانی، جلد اول، صفحه ۲۷۸. ۲ - سورهٔ عنکبوت، آیهٔ ۶۹.

۳۱۶- تخطئه و تصویب

دربسیاری از مسائل فقهی اختلاف نظر است. با درنظرگرفتن این واقعیت سؤالی پیش می‌آید که: آیا نظرهای متعدد در یك مسأله همه درستند و بر صواب یا فقط یکی از آنها درست است وبقیه خطا؟ و آیا همهٔ آنها حکم‌الله و لازم الاجراء هستند؟ این بحث ریشه‌ای عمیق‌تر دارد و مبتنی است بر بحث دیگر و آن اینکه آیا در هر قضیه‌ای حکم‌الله وجود دارد و یکی است؟ و باید به دنبال آن رفت و آن را یافت؟ و درنتیجه درصورت بروز اختلاف نظر تنها یکی از آنها درست و بقیه خطاست؟ یا اینکه حکمی جز آنچه مجتهدین به آن می‌رسند وجود ندارد و هر حکمی به‌نظر مجتهد برسد،همان حکم‌الله است؟

برخی از فقهای اهل تسنن[1] معتقدند که حکمی درواقع وجود ندارد، حکم‌الله همان است که به‌نظر مجتهد می‌رسد و با احراز شرائط لازم و بذل مساعی هر نظری که مجتهد اتخاذ کند، همان حکم‌الله است و صواب و «کل مجتهد مصیب».

برخی دیگر از آنان و همهٔ فقهای امامیه معتقدند که برای هر قضیه‌ای حکمی واقعی وجود دارد که مجتهد درصدد یافتن آن است. اگر پس از کوشش لازم به آن برسد، به صواب و اگر نرسد، به خطا رفته، هر دو برای زحمتی که در راه خدا کشیده‌اند مأجورند ولی آن کسی که به واقع رسد دو ثواب دارد که پیامبر اکرم (ص) فرمود: ***«اِذا اجْتَهَدَ الحاكِمُ فَاَصابَ فَلَهُ اَجْرانِ وإنْ اَخْطَأَ فَلَه اَجرٌ واحدٌ».***[2]

ضمناً این مطلب نیز روشن شد که نظرهای متعدد مجتهدان همه حکم الله‌اند و دربارهٔ خود و مقلدان آنان لازم الاتباعند. اگر بخواهیم دقیق‌تر بگوئیم، باید آنچنان که صاحب کفایه می‌گوید بگوئیم که: مؤدای طرق و امارات معتبر احکام حقیقی نیستند و معنای حجّیت آنها فقط این است که مؤدای آنها در صورت اصابت به واقع حکم واقعی و درصورت خطا، عذر است.[3]

---

۱ - **اصول‌الاحکام**، دکتر محمد عبیدالکبیسی ، صفحهٔ ۳۷۸.

۲ - **فصول**، محمدحسین‌بن عبدالرحیم، بحث اجتهاد و تقلید، در تخطئه و تصویب.

۳ - **کفایة‌الاصول**، آخوند ملاکاظم خراسانی، جلد دوم، صفحهٔ ۴۳۲.

بخش دوم - تقلید

۳۱۷ - تعریف تقلید

تقلید در لغت به‌معنای قلّاده به گردن انداختن است. مثلاً وقتی می‌گویند: «قَلَّدَالسَّیْفَ» یعنی شمشیر را برگردن قلاده کرد. در اصطلاح فقه و اصول فقه هم به همین معناست و وقتی می‌گویند عامی از مجتهد تقلید می‌کند یعنی گفتار او را همچون قلاده‌ای برگردن خود می‌گذارد. پس عامی مقلِّد (بر وزن معلِّم) و مجتهد مقلد (بر وزن مقدم) است.

در تعریف تقلید بین اصولیین بحث است که آیا تقلید، صرف التزام به عمل به قول مجتهد است؟ یا اخذ یعنی تعلّم و یادگرفتن رأی و عقیدهٔ او برای بکار بستن؟ یا عمل به قول اوست؟ برخی از اصولیین[۱] تقلید را التزام به عمل به قول مجتهد می‌دانند و می‌گویند همین که کسی خود را ملتزم نماید که از مجتهدی پیروی کند تقلید تحقق یافته است، هر چند عمل نکرده باشد و حتّی رأی و عقیده او را نداند. برخی دیگر[۲] آن را «اخذ» یعنی تعلم و یادگیری برای عمل کردن در فروع و التزام به آن در اعتقادات می‌دانند. دسته سوم[۳] آن را عمل کردن به قول مجتهد می‌دانند. این بحث صرفنظر از جنبهٔ علمی از جهت عملی نیز آثاری دارد. از جمله در مسئلهٔ بقاء برتقلید میت و در مسئلهٔ رجوع از مجتهدی به مجتهد دیگر کاربرد دارد.

۳۱۸ - آیا تقلید از دیگری جائز است؟

درمواردی تقلید مورد مذمت و نکوهش قرارگرفته و پیروی کورکورانه از دیگری را عیب می‌شمارند و می‌گویند: «خلق را تقلیدشان بر باد داد....» و حتّی در قرآن آیاتی در ذّم و سرزنش آنها که می‌گفتند: «ما به راه پدران خود می‌رویم....»[۴] رسیده و پیروی کردن از هر چیزی که علم به آن حاصل نیست نهی شده. ولی از سوی دیگر این پرسش مطرح است که آیا تحصیل علم و

---

۱ - **عروة‌الوثقی**، آسید محمدکاظم یزدی،چاپ کتابچی ، صفحهٔ ۱ .

۲ - **کفایة‌الاصول**، آخوند خراسانی، جلد دوم، چاپ طاهر، صفحهٔ ۴۳۴.

۳ - **عروة‌الوثقی**، حاج‌آقا حسین بروجردی و برخی دیگر از حاشیه نویسان صفحهٔ ۱.

۴ - آیهٔ ۲۱ از سورهٔ لقمان و آیهٔ ۲۲ از سورهٔ زخرف.

رسیدن به درجهٔ اجتهاد برای همه کس مقدور است؟ و با تصدیق به عدم امکان آن، آیا راه دیگری برای آن کس که «نمی‌داند» باقی می‌ماند؟ مسئله بدیهی و روشن است و نمی‌توان گفت که برهمه واجب است خود را به درجهٔ اجتهاد برسانند یا اینکه بگوئیم آن کس که مجتهد نیست، موظف به انجام تکلیف نباشد و نیز مکلف دانستن مردم غیر مجتهد به عمل به احتیاط صرف‌نظر از اینکه موجب عسر و حرج و دشواری شدید و در مواردی غیر ممکن است، خود مسئله‌ای محتاج به اجتهاد یا تقلید است.

بنابراین نباید دراینکه تقلید جاهل از عالم جائز و از باب مقدمهٔ واجب واجب باشد، تردید کرد. آیات شریف قرآن که تقلید را نکوهش می‌کند و تحصیل علم را واجب می‌داند ناظر به اصول عقائد است، نه به فروع احکام. و مقایسهٔ این دو با هم قیاس مع‌الفارق است. زیرا اصول عقائد مسائلی است که عقلاً و شرعاً باید به طریق علمی و یقینی برای هر کس درحد فهم و درك خود به اثبات برسد، درحالی که در فروع احکام این تکلیف برای همه وجود ندارد؛ بعلاوه مسائل اعتقادی محدود و قابل تحصیل علم است، درحالی که مسائل فرعی غیر محدود است و ممکن نیست که همهٔ مردم به‌طور علمی همهٔ آنها را فراگیرند.

۳۱۹ - *آیا تقلید اعلم واجب است؟*[۱]

برای روشن شدن مطلب این سؤال را به بیانی دیگر مطرح می‌کنیم: آیا با وجود اعلم و افضل، تقلید از غیر او جائز است؟ مسئلهٔ اختلافی است. مشهور این است که تقلید اعلم واجب است، به دلیل اینکه آنچه از ادلهٔ وجوب تقلید مستفاد می‌شود، وجوب تقلید اعلم است و با بودن اعلم دلیلی بر جواز تقلید از غیر او نداریم و اصل، عدم جواز تقلید از دیگری است تا خلاف آن به ثبوت برسد.

۳۲۰ - *آیا تقلید میّت جائز است؟*[۲]

مسئلهٔ مورد اختلاف است. مشهور فقهای امامیه معتقدند که حیات و زنده بودن برای

---

۱ - **کفایةالاصول**، آخوند ملا محمد کاظم خراسانی، جلد دوم صفحه ۴۳۸ به بعد و **عروةالوثقی**، سید یزدی و حاشیه نویسان آن، صفحهٔ ۲. مفصل‌ترین مأخذی که برای مطالعهٔ مسائل تقلید اعلم و تقلید میت می‌توان یافت کتاب تقریرات شیخ‌انصاری (مطارح الانظار) است که توسط میرزاابوالقاسم نوری رازی(کلانتر) به سال ۱۳۱۳ هجری قمری در تهران به چاپ رسیده است.

۲ - **کفایةالاصول**، آخوند ملا محمدکاظم خراسانی، جلد دوم، صفحهٔ ۴۴۱ به بعد و **مطارح الانظار**. میرزاابوالقاسم نوری رازی. (کلانتر).

مفتی و مرجع تقلید لازم است و نمی‌توان از مرده تقلید کرد. برخی از امامیه و اهل سنت به جواز تقلید از میت معتقدند. برخی نیز معتقدند که بقاء بر تقلید میت جائز است ولی شروع به تقلید از او جائز نیست و به تعبیری دیگر میان تقلید بدوی و استمراری فرق گذشته‌اند.

دلیل عقیدهٔ مشهور این است که مسأله مورد شك و تردید است و اصل عدم است تا دلیلی برآن برسد و دلائلی که برای اثبات جواز به آنها استناد شده ضعیفند، زیرا:

مهم‌ترین دلیل جواز تقلید میت استصحاب جواز است بدین بیان که : وقتی آن شخص (مفتی) زنده بود تقلید از او جائز بود، اکنون که مرده است جواز آنچه به آن یقین داشتیم مورد تردید قرار گرفته است، این وضع محل جریان اصل استصحاب است.

این استدلال نسبت به بقاء برتقلید میت با اشکال کمتری مواجه است ولی نسبت به تقلید بدوی قابل قبول نیست، چون:

یک - با اشکال تغییر موضوع مواجه است و حال‌آنکه یکی از شرائط استصحاب وحدت عرفی موضوع است.

دو - یقین قبلی که از عناصر استصحاب است وجود ندارد. زیرا آنچه مسلم است مهم‌ترین دلیل جواز تقلید، که دلیل عقلی است، مورد زنده بودن مفتی را شامل است و معلوم نیست که تقلید از میت را هم فراگیرد. این ایراد برتقلید استمراری نیز وارد است. چون ادّلهٔ شرعی آن هم همین اندازه دلالت دارند.

دلیل دیگر برای جواز تقلید میت استناد به اطلاق آیات و روایات است.

این استدلال نیز مردود است. زیرا شرط اطلاق داشتن هر دلیلی این است که در صدد بیان بوده و بیان نکرده باشد. درحالی که آیات و روایات در صدد بیان حکم تقلید از میت نبوده‌اند. پس، از این جهت اطلاق ندارند.

نکتهٔ مهم این است که این مسئله‌ای فقهی است. یعنی اگر کسی بخواهد از مرده تقلید کند یا بر تقلید از مرده باقی بماند باید اول در این مسأله از مجتهد زندهٔ اعلم تقلید کند، اگر او این امر را مجاز بداند آنگاه از مرده تقلید کند یا بر تقلیدش باقی بماند.

۳۲۱ - یادآوری و سپاس

در اینجا به بیان مطالب اصولی پایان داده یادآوری می‌کنم که این کتاب در حدود برنامهٔ لیسانس رشتهٔ قضایی نوشته شده و سعی بر این بوده است که دانشجویان حقوق تا حدی با مسائل اصول فقه آشنا شوند. آنچه نوشته شده اندکی از بسیار است ولی در هر مورد مآخذی

ذکر شده که علاقه‌مندان، اگر توانایی علمی داشته باشند، بتوانند شرح و بسط و استدلال مطالب را از آن مآخذ اخذ کنند.

در پایان، سپاس خدای بزرگ راست که توفیق این کار را عطا فرمود.

پائیز ۱۳۸۷ تهران

برخی از مآخذ و مدارک این کتاب[1]

الف – *قرآن*، تفاسیر، حدیث و لغت

قرآن مجید

تفسیر *مجمع‌البیان*، تألیف شیخ‌طبرسی

اصول کافی، تألیف محمد بن یعقوب کلینی

تفسر نمونه، تهیه شده وسیلهٔ جمعی از فضلای حوزهٔ علمیه قم.

وسائل الشیعه، تألیف شیخ حرِّ عاملی

صحیح مسلم

قاموس اللغة، تألیف فیروزآبادی

مجمع‌البحرین، تألیف شیخ طریحی

ب –*کتب اصولی*

اجودالتقریرات (تقریرات نائینی)، تألیف مرحوم آیت‌الله سید ابوالقاسم خوئی

الاصول‌العامه للفقه‌المقارن، تألیف محمدتقی حکیم

اصول فقه شافعی، معتمدی کردستانی (به‌فارسی)

اصول المظفر، تألیف شیخ محمدرضا مظفر

اصول الفقه، تألیف شیخ محمد خضری بیك

اصول الفقه، تقریرات مرحوم استاد محمود شهابی (به‌فارسی)

الإحکام فی‌اصول‌الاحکام، تألیف سیف‌الدین آمِدی (شافعی)

انوار الاصول، تألیف آیة‌الله مکارم شیرازی در سه جلد.

الرساله، تألیف محمدبن ادریس شافعی

العقل عندالامامیه، تألیف رشدی علیان

---

* – برخی دیگر از مآخذ در پاورقی ذکر شده است.

المستصفی، تألیف محمد ابوحامد غزالی (شافعی)
الموافقات فی اصول الشریعه، تألیف شاطبی (مالکی)
الوجیز فی اصول الفقه، تألیف شاطبی (مالکی)
الوجیز فی اصول الفقه،تألیف حسین علی الاعظمی
بدایع الافکار، تقریرات آقاضیا عراقی
عدة الاصول، تألیف شیخ طوسی
غایة الوصول الی علم الاصول، تألیف زکریا الانصاری
فرائدالاصول(رسائل)، تألیف شیخ مرتضی انصاری و حواشی آن
کشف الاسرار، تألیف بَزْدَوی
کفایةالاصول، تألیف آخوند ملامحمدکاظم خراسانی و حواشی آن
فوائدالاصول (تقریرات نائینی)، تألیف شیخ محمدعلی کاظمی خراسانی
قوانین الاصول، تألیف میرزای قمی، میرزا ابوالقاسم قمی و حواشی آن
فصول فی الاصول، تألیف محمدحسین بن محمد رحیم، مشهور به صاحب فصول
معالم الاصول، تألیف شیخ حسن مشهور به صاحب معالم
مطارح الانظار (تقریرات شیخ انصاری)، تألیف میرزا ابوالقاسم کلانتری
مقالات الاصول، تألیف آقاضیا عراقی
منهاج الوصول الی علم الاصول، تألیف قاضی بیضاوی

ج -کتب حقوقی و فقهی و حقوق اسلامی

الاشباه والنظائر، تألیف ابن نجیم
الفروق ، تألیف قرافی
المختصرالنافع، تألیف محقق حلی
المدخل الفقهی العام، تألیف احمد الرزقاء
جواهرالکلام، تألیف شیخ محمدحسن نجفی
دانشنامهٔ عمومی علم حقوق، تألیف دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی
دورهٔ حقوق مدنی، تألیف مرحوم دکتر سیدحسن امامی، متوفا به سال ۱۳۶۱ خورشیدی
دورهٔ حقوق مدنی، تألیف دکتر ناصر کاتوزیان
لمعه و شرح لمعه، تألیف شهید اول و شهید ثانی

فلسفةالتشریع‌الاسلامی، تألیف صبحی محمصانی
متاجر (مکاسب)، تألیف شیخ مرتضی انصاری
مجلهٔ هفتهٔ حقوق اسلامی، چاپ دمشق
مسالك الافهام، تألیف شهید ثانی
شرایع الاحکام، تألیف محقق حلی
مقدمه حقوق مدنی، تألیف دکتر سیدعلی شایگان
مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلامی، تألیف دکتر جعفری لنگرودی
مقدمهٔ عمومی علم حقوق، تألیف دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی
نقش عرف در حقوق مدنی، تألیف دکتر محمد سلجوقی

د -کتب تاریخی و تاریخ حقوق

ادوار فقه، تألیف استاد محمود شهابی، متوفا به سال ۱۳۶۴ خورشیدی
تاریخ التشریع، تألیف شیخ محمد خضری بیك
تاریخ التشریع، تألیف حسین علی الاعظمی
حیات محمد، تألیف محمدحسین هیکل
الصدیق ابوبکر، تألیف محمدحسین هیکل

ه -متون قانونی و آراء دادگاهها

قانون اساسی قدیم و جدید
قانون مدنی و قانون حمایت خانواده
قانون مجازات اسلامی
قانون آئین دادرسی مدنی
مجموعهٔ رویه‌های قضائی
المجله یا مجلةالاحکام العدلیه

اصولیین امامیه و تألیفات آنها در این علم[1]

۱– ابن ابی عقیل، ابو محمد، حسن بن علی بن ابی عقیل عُمانی فقیه و متکلم شیعی، قرن چهارم.

۲– ابن جنید، ابو علی، محمدبن احمدبن جنید بغدادی مشهور به اسکافی (متوفا به سال ۳۸۱ ه ق) مدفون در ری.

۳– شیخ مفید، ابوعبدالله محمدبن محمدبن نعمان بن عبدالسلام بغدادی (۳۳۶ – ۴۱۳ ه ق) مدفون در بغداد، مؤلف کتاب *اصول‌الفقه و تاریخ‌الشریعه*.

۴– سید مرتضیٰ علم‌الهدیٰ، ابوالقاسم علی‌بن موسیٰ بن ابراهیم بن امام موسیٰ (۳۵۵ – ۴۳۶ ه ق) مؤلف کتاب : *الذریعة فی اصول الشریعة*.

۵– شیخ طوسی، ابوجعفرمحمدبن حسن (۴۶۰–۳۸۵ ه ق) مدفون در نجف، مؤلف کتاب *عُدّةالاصول*.

۶– محمدبن ادریس‌حلّی (متوفا به سال ۵۹۸ ه ق).

۷– نجیب الدین، بن نما، حلّی، (متوفا به سال ۶۴۵ ه ق حلّه).

۸– سید فخّاربن معد موسوی.

۹– محقق حلی، ابوالقاسم، نجم‌الدین، جعفربن سعید (۶۷۶–۶۰۲ ه ق). مؤلف کتاب ***المعارج‌الاصول، المعتبر و نهج الوصول الی معرفةالاصول در اصول فقه***.

۱۰ – علامهٔ حلّی ، ابومنصور، جمال‌الدین حسین‌بن سدیدالدین یوسف بن‌علی بن مطهر (۷۲۶–۶۴۸) مؤلف ***تهذیب الوصول الی علم الاصول، النکت البدیعه فی تحریرالذریعه، غایةالوصول، منتهٰی الوصول و نهج‌الوصول***.

۱۱ – شهید اول، ابوعبدالله، محمدبن شیخ جمال الدین، مکی بن شیخ شمس‌الدین محمد عاملی (م ۸۷۶ ه ق) مؤلف ***شرح تهذیب علامه وقواعد در اصول فقه***.

۱۲ – شهیدثانی، زین‌الدین بن نورالدین علی بن احمد عاملی (۹۶۶–۹۱۱ ه ق) مؤلف کتاب ***تمهیدالقواعد*** در اصول فقه.

---

۱ – مقدمهٔ تقریرات مرحوم استاد شهابی، چاپ دانشگاه مأخذ مهم این فهرست بوده ولی از مآخذ دیگر نیز استفاده شده است.

۱۳ – صاحب معالم، شیخ حسن، ابومنصور، جمال‌الدین، حسن‌بن زین‌الدین (متوفا به سال ۱۰۱۱ هـ ق) مؤلف کتاب ***معالم الاصول***.

۱۴ – میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن گیلانی، صاحب کتاب ***قوانین الاصول*** در دو جلد، (۱۱۵۱-۱۲۳۱ هـ ق).

۱۵ – شیخ محمدتقی بن میرزاعبدالرحیم (متوفا به سال ۱۲۴۸ هـ ق در اصفهان) مؤلف کتاب ***هدایةالمسترشدین***.

۱۶ – صاحب ***فصول***، شیخ محمدحسین بن میرزاعبدالرحیم (متوفا به سال ۱۲۶۱ هـ ق).

۱۷ – شیخ انصاری، مرتضیٰ بن محمدامین شوشتری (۱۲۸۱-۱۲۱۴ هـ ق مدفون در نجف) مؤلف کتاب ***فرائدالاصول*** مشهور به «رسائل».

۱۸ – میرزا ابوالقاسم بن حاج محمدعلی نوری‌تهرانی، کلانتر (۱۲۹۲-۱۲۲۶ هـ ق مدفون در ری) مؤلف کتاب ***«مطارح الانظار»*** تقریرات شیخ‌انصاری.

۱۹ – آخوند ملامحمد کاظم خراسانی (متوفا به سال ۱۳۲۹ هـ ق در نجف) مؤلف کتاب ***«کفایةالاصول»***.

۲۰ – شیخ عبدالکریم حائری‌یزدی (متوفا به سال ۱۳۵۵ هـ ق در قم) مؤلف کتاب ***«دررالفوائد»***

۲۱ – آقا ضیاءالدین‌عراقی (م ۱۳۶۱ هـ ق) مؤلف کتاب ***«مقالات الاصول و بدایع الاصول»***.

۲۲ – میرزا حسین نائینی (م ۱۳۵۵ هـ ق) که تقریراتش توسط شیخ محمدعلی کاظمی خراسانی به نام ***فوائدالاصول*** و مرحوم سیدابوالقاسم خوئی به نام ***اجودالتقریرات*** تهیه شده است.

۲۳ – آسیدابوالحسن اصفهانی (م ۱۳۶۵ هـ ق) مؤلف کتاب ***منتهی الاصول(تقریرات)***.

۲۴ – ***اصول مظفر***، تألیف مرحوم شیخ محمدرضا مظفر به عربی و ترجمهٔ آن به فارسی

۲۵ – ***علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید***، از محمدجواد مغنیه، متوفّا به سال ۱۴۰۰ هـ ق در بیروت.

۲۶ – مرحوم آیةالله خوئی (م ۱۴۱۰ هـ ق) میرزا ابوالقاسم، مؤلف کتاب ***مصباح الاصول***.

۲۷ – ***حلقات*** مرحوم صدر، سید محمدباقر، به عربی و ترجمهٔ آنها به فارسی.

۲۸ – ***تهذیب الأصول***، امام خمینی (متوفا به سال ۱۴۰۹ هـ ق).

۲۹ – ***قوامع الفضول*** شیخ محمود عراقی.

۳۰ – آیة الله سیدعلی سیستانی، ***رساله‌ای در قاعدهٔ لاضرر***.

۳۱ – آیةالله مکارم شیرازی، ***انوار الاصول*** در سه جلد.

توجه: فهرست کاملتری از اصولیین امامیه و تألیف آنها در این علم در صفحات ۲۲۲ تا ۳۱۹ کتاب قواعد فقه، چاپ چهارم، از این نویسنده تهیه و چاپ شده است.

برخی از کتب اصولی امامیه و اهل تسنّن

۱- ***اثر الاختلاف فی‌قواعد الاصولیه فی اختلاف الفقها***، از دکتر مصطفی سعیدالحسنین به عربی.
۲- ***اجود التقریرات***، از آیت‌الله سیدابوالقاسم موسوی خوئی به عربی.
۳- ***الاخبار والاجماع***، از محمدتقی اصفهانی به عربی.
۴- ***اشارات الاصول***، از حاج شیخ محمد ابراهیم کلباسی به عربی.
۵- ***اصطلاحات الاصول***، از حاج میرزاعلی مشکینی به عربی.
۶- ***اصول الحدیثه***، از محمدکاظم صادق المکّی به عربی.
۷- ***اصول الفقه***، از شیخ محمد خضری بیك به عربی.
۸- ***اصول فقه***، از محمد رشاد، به فارسی.
۹- ***اصول معتبره***، از سیدمحمدحسین رضوی کاشانی به عربی.
۱۰ - ***اصول المظفر***، تألیف شیخ محمدرضا مظفر.
۱۱ - ***انوار الاصول***، تألیف آیةالله‌مکارم شیرازی در سه جلد.
۱۲ - ***تحریرالرسائل***، از شیخ مرتضیٰ مدرس گیلانی به عربی.
۱۳ - ***تقریرات*** مرحوم استاد محمود شهابی.
۱۴ - ***خلاصة الفصول فی‌علم الاصول***، از شیخ صدرالدین صدر به عربی.
۱۵ - ***حاشیه کفایه***، از شیخ محمد سلطان العلماء به عربی.
۱۶ - ***دراسات در اصول العلمیه***، از سیدعلی شاهرودی به عربی.
۱۷ - ***دررالاصول***، از حاج شیخ محمد سلطان العلماء به عربی.
۱۸ - ***دررالفوائد***، از شیخ محمودآشتیانی به عربی.
۱۹ - ***الذریعة الی اصول الشریعة***، از سید مرتضیٰ علم الهدی به عربی.
۲۰ - ***الرسائل الجدیده***، از حاج میرزا علی مشکینی اردبیلی به عربی.
۲۱ - ***الرساله***، از محمدبن ادریس شافعی به عربی.
۲۲ - ***رساله استصحابیه***، از علم‌الدین تبریزی به عربی.
۲۳ - ***رساله جواز اجتماع امر ونهی***، از سید محمودکاظم یزدی به عربی.
۲۴ - ***رساله در اصول***، از محمدصادق بن محمد به عربی.
۲۵ - ***روائع‌الامالی فی فروع علم اجمالی***، از شیخ ضیاءالدین عراقی به عربی.

۲۶ – *شرح رسائل*، از شیخ مصطفی اعتمادی به عربی.
۲۷ – *شرح کفایه کمپانی*، از حاج شیخ محمدحسین اصفهانی به عربی.
۲۸ – *ضوابط الاصول*، از سید ابراهیم موسوی قزوینی به عربی.
۲۹ – *طریق الاصول*، از حاج شیخ محمد کرمی به عربی.
۳۰ – *عُدّةالاصول*، از شیخ طوسی، محمدبن حسن.
۳۱ – *علم‌الاصول‌الفقه*، از عبدالوهاب خلاّف به عربی.
۳۲ – *علم‌الیقین*، از کریم بن ابراهیم به عربی.
۳۳ – *غررالفوائد فی دررالفوائد*، از حاج میرزامحمد ثقفی تهرانی به عربی.
۳۴ – *فرائدالاصول(رسائل)*، تألیف شیخ مرتضیٰ انصاری، به عربی.
۳۵ – *فصول فی‌الاصول*، از شیخ محمدحسین بن محمدرحیم به عربی.
۳۶ – *فوائدالاصول*، تقریرات میرزای نائینی، گردآورده محمدعلی کاظمی خراسانی.
۳۷ – *قواعد شریفه*، از سید محمد بروجردی به عربی.
۳۸ – *قوانین الاصول*، از میرزا ابوالقاسم قمی در دو جلد، به عربی.
۳۹ – *کشف‌القناع*، از شیخ اسدالله کاظمی به عربی.
۴۰ – *کفایةالاصول*، از آخوند خراسانی در دو جلد، به عربی.
۴۱ – *مباحثی چند از نواهی*، از احمد بافقی به عربی.
۴۲ – *مبادی الوصول الی علم الاصول*، از علّامه حلّی به عربی.
۴۳ – *محجةالعلماء*، از شیخ محمد هادی تهرانی به عربی.
۴۴ – *مرشدالعقول فی علم‌الاصول*، از محمد ابوحامد غزالی به عربی.
۴۵ – *المستصفیٰ فی علم الاصول*، از محمد ابوحامد غزالی به عربی.
۴۶ – *مسلم الثبوت*، از محب‌اللهبن عبدالشکور بهاری به عربی.
۴۷ – *مشکاةالمصابیح*، از شیخ محمدبن تبریزی به عربی.
۴۸ – *مصادر التشریع‌الاسلامی فی ما لانص فیه*، از عبدالوهاب خلاّف به عربی.
۴۹ – *مصباح الاصول*، از سید محمد سرور حسینی به عربی.
۵۰ – *معالم الدین*، از شیخ حسن بن شهیدثانی به عربی.
۵۱ – *معدن‌الفوائد*، از میرزا محمدهاشم خوانساری به فارسی.
۵۲ – *مقالات غریه*، از آقا محمدصادق تبریزی به عربی.
۵۳ – *مقالات الاصول*، از شیخ ضیاءالدین عراقی به عربی.

۵۴ – *منتهی الدراية فی توضيح الكفايه*، از سيد محمدجعفرالموسوی به عربی.

۵۵ – *منهاج الاصول*، از محمدابراهيم كلباسی به عربی.

۵۶ – *موضح القوانين*، از شيخ مصطفی اعتمادی تبريزی به عربی.

۵۷ – *نهايةالافكار*، از شيخ محمدتقی بروجردی به عربی.

۵۸ – *نهايةالدرايه*، از شيخ محمدحسين اصفهانی به عربی.

۵۹ – *الوصول الی كفايةالاصول*، از سيد محمدمهدی حسينی شيرازی به عربی.

۶۰ – *هداية المسترشدين فی‌شرح معالم الدين*، از شيخ محمدتقی به عربی.

۶۱ – *حلقات سه‌گانه*، از مرحوم سيد محمدباقر صدر.

در پايان اين فهرست يادآوری می‌شود كه در سال ۱۳۷۱ كتابی به نام: «كتاب شناسی اصول فقه شيعه» وسيله آقای مهريزی تأليف شده كه فهرستی نسبتاً كامل از فقها و اصوليين شيعه و كتاب‌های اصولی آنان را در بردارد.

از همین نویسنده

الف - کتابهای چاپ شده:

- رسالهٔ قاعدهٔ ضمان ید یا قاعدهٔ علی الید، رساله دکتری، سال ۱۳۴۷.
- مبانی استنباط حقوق اسلامی یا اصول فقه، چاپ بیست و هشتم، ۱۳۸۶، ناشر: انتشارات دانشگاه‌تهران.
- حقوق کیفری اسلام، ترجمهٔ شرایع محقق حلّی و مسالك شهیدثانی، ۱۳۷۴، ناشر: مرکز نشر دانشگاهی.
- ارث، ترجمهٔ شرایع محقق حلّی و مسالك شهیدثانی، ۱۳۶۹، ناشر مرکز نشردانشگاهی.
- وصایا و شفعه، ترجمه شرایع محقق حلی و مسالك شهیدثانی، ۱۳۷۷ ، مرکز نشر دانشگاهی .
- قواعد فقه، چاپ هشتم، ۱۳۸۵ ، ناشر : نشر میزان.
- بایسته‌های حقوق اسلامی، ترجمه چهار کتاب از لمعه و شرح لمعه، ۱۳۷۸، نشر میزان.
- گزیدهٔ متون فقه ۱-۲-۳-۴، تلخیص از فقه‌الامام جعفر الصادق، تألیف مرحوم محمدجواد مغنیه، چاپ ششم ۱۳۸۶، نشر میزان.

ب - مقالات :

- ارث خیار، چاپ شده در کتاب تحولات خصوصی ایران، سال ۱۳۴۹.
- تلف مبیع قبل از قبض، چاپ شده در نشریه دانشکده حقوق، شمارهٔ ۳ و ۴، سال ۱۳۴۹.
- اجماع، چاپ شده در نشریه دانشکدهٔ حقوق، شماره ۱۰ و ۱۱ ، سال ۱۳۵۱.
- استحسان، چاپ شده در نشریه دانشکده حقوق، شماره ۱۲، سال ۱۳۵۱.
- عِدّه، چاپ شده در روزنامه اطلاعات (بعد از شمارهٔ ۱۴۳۵۴).
- وصیت واجب در حقوق مصر، چاپ شده در نشریه دانشکده حقوق، شماره ۲۱، سال ۱۳۵۸.
- اثر قتل در ارث، چاپ شده در نشریه دانشکدهٔ حقوق ، شماره۲۴، سال ۱۳۶۸.
- ارث زوجین، چاپ شده در نشریه دانشکده حقوق، شماره ۲۴، سال ۱۳۶۸.

- شروط صحیح و فاسد، چاپ شده در نشریه دانشکده حقوق، شماره ۲۵ ، سال ۱۳۶۹.
- شیخ انصاری کیست؟ چاپ شده در نشریه دانشکده حقوق، شماره۲۸، سال ۱۳۷۱.

ج - *مقاله و رساله به زبان انگلیسی*

- حجیت عرف و عادت، چاپ شده در مجله دنیای جدید، دهلی، ۱۹۷۷ میلادی.
- بررسی یک رأی دیوان دعاوی ایران و آمریکا، چاپ شده در مجله ملیز، ۱۹۸۶ میلادی.
- حقوق اسلام: قانون حاکم، پایان‌نامه دورهٔ کارشناسی ارشد، منتشرشده در سال ۲۰۰۴ میلادی.